FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

La notion de gage en Droit privé français

SES DIVERSES APPLICATIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Soutenue devant la Faculté de Droit de Bordeaux

le Vendredi 30 Avril 1937, à 14 h. 30

PAR

Simon QUINCARLET

Avocat à la Cour

Lauréat de la Faculté de droit de Bordeaux (1927 et 1928)

BORDEAUX

IMPRIMERIE SÉGALAS-BÉROU

34, rue Sainte-Colombe

—

1937

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

La notion de gage en Droit privé français

SES DIVERSES APPLICATIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Soutenue devant la Faculté de Droit de Bordeaux

le Vendredi 30 Avril 1937, à 14 h. 30

PAR

Simon QUINCARLET

Avocat à la Cour

Lauréat de la Faculté de droit de Bordeaux (1927 et 1928)

BORDEAUX

IMPRIMERIE SÉGALAS-BÉROU

34, rue Sainte-Colombe

—

1937

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

DOYEN HONORAIRE : M. FERRON, ✻, ✪ I.

PROFESSEURS HONORAIRES :

MM. SAUVAIRE-JOURDAN, ✻, ✪ I. ; LESCURE, ✪ I., ⚜ ;
DE BOECK, ✻, ✪ I. ; NOAILLES, ✻, ✪ I. ; BENZACAR, ✻, ✪ I. ;
FERRADOU, ✻, ✪ I., *Doyen*, professeur d'*Histoire du droit* et chargé d'un cours de *Pandectes* (Diplôme d'études supérieures).
MARGAT, ✪ I., professeur de *Droit civil* et chargé d'un cours de *Droit international privé* (Licence).
BONNECASE, ✪ I., professeur de *Droit civil* et chargé d'un cours de *Droit maritime* (3e année).
PALMADE, ✻, ✪ A., ⚜, professeur de *Droit commercial*.
VIZIOZ, ✪ I., professeur de *Procédure civile* et chargé d'un cours de *Droit civil comparé* (Diplôme d'études supérieures).
BONNARD, ✻, ✪ I., ⚜, *Assesseur du Doyen*, professeur de *Droit administratif* et chargé d'un cours de *Droit constitutionnel comparé* (Diplôme d'études supérieures).
POPLAWSKI, ✻, ✪ I., professeur de *Droit criminel* et chargé d'un cours de *Législation industrielle*.
BOYE, ✻, ✪ A., ⚜, professeur de *Droit romain*.
MOUNIER, ✪ I., professeur d'*Economie politique*, chargé d'un cours d'*Histoire des doctrines économiques* (Diplôme d'études supérieures).
BIBIE, ✻, ⚜, professeur de *Droit international public*.
REGLADE, ✪ A., professeur de *Droit constitutionnel et administratif*.
GARRIGOU-LAGRANGE, professeur d'*Economie politique et Science financière*, chargé d'un cours de *Législation coloniale* (3e année).
HUBRECHT, ✪ A., professeur d'*Histoire du Droit* (Doctorat) chargé d'un cours de *Droit romain* (Licence 2e année).
LABORDE-LACOSTE, ✻, ✪ I., professeur de *Droit civil*, chargé d'un cours de *Droit civil* (Capacité) et d'un cours d'*Enregistrement*.
BRETHE DE LA GRESSAYE, ✪ A., professeur à la Faculté de Droit d'Aix, chargé d'un cours de *Droit Commercial* (Licence), et d'un cours de *Droit civil* (Capacité).
DE LAUBADERE, agrégé, chargé d'un cours de *Droit international public* (Licence de Doctorat).
BORDAZ, chargé de cours (*Economie politique*).
BERNARD, chargé de cours (*Droit romain*).

M. ARTIGUELONG, ✪ A., *Secrétaire*.
Mme COSTES, ✪ A., *Secrétaire adjointe*.
Mme SOUBIE, *Bibliothécaire*.

COMMISSION DE LA THÈSE

MM. BONNECASE,	*professeur*	*Président*
POPLAWSKI,	*professeur*	*Suffragants*
BRETHE DE LA GRESSAYE,	*professeur*	

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INTRODUCTION

I. - La notion de gage dans ses rapports avec les notions d'obligation et de crédit. - Le double aspect de la notion de Crédit : Crédit objectif et crédit subjectif. - Crédit réel et crédit personnel. - Les institutions de crédit réel et la notion de droit réel de garantie.

La notion de gage, comme celle des autres sûretés réelles ou personnelles (hypothèque, privilège, droit de rétention, cautionnement, etc...) évoque à la fois la notion de crédit et celle d'obligation.

Sans entrer dans le détail des discussions doctrinales qu'a soulevées la notion d'obligation, rappelons que l'obligation est un rapport de droit en vertu duquel la valeur économique ou purement sociale d'une personne, le débiteur, est mise à la disposition d'une autre personne, le créancier, sous la forme positive d'un acte à accomplir ou sous la forme négative d'une abstention à observer. Considéré sous le rapport du sujet actif, ce rapport de droit engendre à son profit un droit de créance qui se résume dans le pouvoir d'exiger du débiteur, sujet passif, une prestation, terme générique qui englobe aussi bien les actes positifs que les abstentions. Considérée au point de vue du sujet passif, l'obligation prend le nom de dette ou d'obligation *stricto sensu*.

En définitive, l'obligation n'est que la traduction juridique de la notion économique de service c'est-à-dire de l'utilisation par une personne de l'activité économique ou sociale de ses semblables; c'est pourquoi elle s'oppose, autant sur le plan scientifique que sur le plan technique, à la notion de droit réel qui traduit juridiquement la notion économique de l'appropriation par l'homme des choses corporelles ou richesses.

Dans le cas où l'obligation du débiteur a pour objet un acte positif, cet acte peut consister soit dans la transmission d'une richesse se traduisant juridiquement par la constitution d'un droit réel soit dans l'accomplissement d'un acte qui par lui-même donne satisfaction au créancier.

Dans le premier cas, le service peut être une cause immédiate de richesse mais les deux notions restent très nettement distinctes, car l'obligation n'a pas pour objet le droit réel mais l'acte qui doit le transférer.

Bien que l'obligation de transférer un droit réel puisse à la rigueur s'absorber dans l'obligation de faire puisqu'elle a en définitive pour objet un acte positif, elle est ordinairement opposée sous le terme technique d'obligation de « donner » aux obligations de faire ou de ne pas faire. C'est qu'en effet sur la base de l'article 1138 du Code civil l'obligation de transférer un droit réel est censée accomplie par le seul accord de volontés lorsqu'il s'agit d'un droit réel portant sur un corps certain, et que dès lors l'obligation de « donner » disparaissant ou plus exactement se transformant en obligation de livrer la chose qui fait l'objet du droit réel, le créancier devenu par la convention titulaire du droit réel puise dans les prérogatives attachées à ce droit les moyens d'obtenir l'exécution directe ou en nature de l'obligation.

Au contraire l'obligation de faire ou de ne pas faire se traduit le plus généralement, lorsqu'elle n'est pas exécutée volontairement par le débiteur et sous réserve de certains procédés tels l'exécution par un tiers ou l'astreinte, destinés à assurer l'exécution directe mais qui sont parfois inapplicables ou inefficaces, par l'obligation pour le débiteur de payer des dommages-intérêts à raison de l'inexécution (art. 1142 C. civ.).

Le payement d'une somme d'argent peut donc être tantôt l'objet direct de l'obligation tantôt être substituée à cet objet en cas d'inexécution. Aussi est-ce l'objet le plus fréquent du droit de créance et l'obligation de verser une somme d'argent peut en pratique être considérée comme le type le plus normal et le plus courant de l'obligation.

Théoriquement cette obligation rentre dans la catégorie des obligations de « donner », c'est-à-dire ayant pour objet le transfert d'un droit réel puisque par le payement, le

créancier devient propriétaire des espèces versées ; mais ce transfert de propriété s'appliquant non à un corps certain et individualisé mais à une chose fongible, à une valeur pécuniaire, il sera nécessaire, à défaut d'exécution volontaire, de permettre au créancier de faire saisir et vendre les biens composant le patrimoine du débiteur afin de lui procurer la somme d'argent à laquelle il a droit.

Dès lors se pose dans ce cas la question de la concurrence des créanciers entre eux. En principe, ainsi qu'on le sait, les créanciers d'une somme d'argent ont des droits égaux sur le patrimoine de leur débiteur qui, en vertu de l'article 2092 du Code civil répond de tous les engagements contractés par son titulaire. Mais il peut arriver que certains créanciers aient, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'une convention, vis-à-vis des autres, un droit de préférence, soit sur l'ensemble du patrimoine considéré dans sa valeur pécuniaire, ou plus exactement sur l'actif de ce patrimoine, soit sur une quote-part de ce patrimoine, soit enfin sur un bien particulier dont la valeur pécuniaire est spécialement affectée à la garantie de leurs créances.

L'ensemble des règles et institutions juridiques destinées à assurer l'exécution de ses obligations par un débiteur et fixant les conditions dans lesquelles les biens du dit débiteur sont affectés au payement de ses dettes, constitue le Droit du crédit qui apparaît ainsi comme la sanction du Droit des obligations.

De même que la notion d'obligation ne prend son plein sens que si on la rapproche de la notion économique de service dont elle est la traduction juridique, de même la notion juridique du Droit du crédit a à sa base des phénomènes économiques.

En fait, la notion de crédit comporte un double aspect : économique et juridique.

Economiquement, le crédit est le phénomène par lequel les capitaux des personnes qui ne peuvent les utiliser elles-mêmes, se dirigent vers ceux qui en ont besoin et sont susceptibles de les faire fructifier.

En ce sens, le crédit d'une personne est constituée par la force d'attrait des capitaux d'autrui possédée en fait par cette personne sur la base de la confiance qu'elle inspire

tant au point de vue du remboursement final de ces capitaux que de leur rémunération périodique.

Mais le crédit serait un vain mot si les règles juridiques qui composent le Droit du crédit ne venaient assurer aux capitalistes le remboursement des capitaux confiés par eux à autrui et leur donner confiance en leur permettant de s'assurer des garanties de ce remboursement.

Sous son double aspect économique et juridique, la notion de crédit peut être envisagée du point de vue subjectif ou du point de vue objectif.

Si la confiance qui se trouve à la base de la notion économique de crédit, repose exclusivement sur la garantie représentée par l'activité économique prise en elle-même de celui qui fait appel au crédit, on se trouve en présence d'une confiance *subjective*, d'un crédit fait directement et principalement à la personne elle-même.

Il y a au contraire crédit *objectif* lorsque la confiance du capitaliste est guidée d'une manière directe et principale par la prise en considération des biens actuels de l'emprunteur et de leur affectation spéciale au remboursement des capitaux avancés; on se trouve alors en présence d'un crédit consenti moins à la personne qu'aux éléments de richesse lui appartenant.

Aux aspects subjectif et objectif de la notion économique de crédit, correspond, au point de vue juridique, la distinction du crédit personnel et du crédit réel.

On entend par crédit personnel, la sécurité de placement des capitaux représentée par un individu quelconque sur la double base de son activité économique générale et des institutions juridiques destinées à assurer l'exécution de ses obligations par un débiteur.

On vise au contraire par crédit réel la sécurité de placement des capitaux représentée par une personne sous la double base des éléments de richesse concrets compris dans son patrimoine et des droits réels de garantie susceptibles d'affecter ces éléments d'une manière directe et spéciale à l'exécution de telle ou telle des obligations de ce débiteur. (V., sur tous ces points, J. Bonnecase, *Traité de Droit maritime*, n^{os} 747 et s.).

Les institutions de crédit personnel comprennent d'abord les règles qui déterminent la condition juridique du créancier chirographaire c'est-à-dire de celui qui, n'ayant ni privilège ni hypothèque, n'a d'autres droits vis-à-vis du patrimoine de son débiteur que ceux reconnus à tous les créanciers par l'article 2092 du Code civil.

Nous ne pouvons ici nous étendre sur la situation juridique du créancier chirographaire qui a fait l'objet de discussions et d'études approfondies. (V., sur ce point, Laborde-Lacoste, *Essai sur la notion d'ayant cause à titre particulier en droit privé français*, Thèse, Bordeaux, 1916; J. Bonnecase, *La condition juridique du créancier chirographaire. - Sa qualité d'ayant cause à titre particulier (Revue trimestrielle de Droit civil)*, 1920, publié depuis en volume, Sirey, 1921; *Supplément au Traité* de Baudry-Lacantinerie, V.; *Précis de Droit civil*, II, nos 41 et s., pp. 58 et s.; v. aussi Filip, *De la nature juridique du droit du créancier chirographaire* (Thèse, Paris, 1922).

Remarquons simplement que le gage général qui lui est reconnu sur l'ensemble des biens du débiteur et qui n'a de commun que le nom avec le droit de gage proprement dit, met ce créancier en présence du patrimoine de son débiteur sous son double aspect subjectif et objectif traduisant d'une part l'activité présente passée et future du débiteur et son aptitude à acquérir et d'autre part une masse de biens envisagée uniquement au point de vue de sa valeur pécuniaire (V. sur cette notion de patrimoine, Gary, *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit* (Thèse, Bordeaux, 1932, pp. 141 et s.).

L'Ecole de l'Exégèse dans son dernier stade représenté par Baudry-Lacantinerie et ses collaborateurs s'était prévalu de cette situation pour en faire un ayant cause à titre universel le rapprochant ainsi de l'héritier, et cette opinion a même subsisté chez certains auteurs contemporains. Cependant la doctrine récente a fait justice de l'assimilation et démontré la qualité d'ayant cause à titre particulier du créancier, même chirographaire (V. les ouvrages précités).

Il n'en reste pas moins qu'en général et sous réserve de certains cas particuliers, le créancier chirographaire doit en fait subir jusqu'à l'exigibilité de la dette les fluctuations

économiques du patrimoine du débiteur et qu'aucun bien particulier n'étant affecté à la garantie de sa créancce, il ne peut en principe obtenir son payement que sur la valeur des biens existant au jour des poursuites et doit subir le concours des autres créanciers chirographaires.

Cependant dans certains cas, le créancier chirographaire n'a pas exclusivement pour gage, le patrimoine en général; certains éléments lui sont affectés par préférence à d'autres sans que pour cela le créancier ait sur ces éléments un droit réel de garantie ; ainsi à côté des créanciers chirographaires à gage général ou indéterminé il existe des créanciers chirographaires à gage spécialisé qui se divisent eux-mêmes en créanciers à gage déterminé et en créanciers à gage individualisé suivant que l'affectation porte soit sur une quote-part du patrimoine du débiteur ou d'un tiers soit sur un bien individualisé. (V. sur cette notion de créancier chirographaire à gage spécialisé, J. Bonnecase. *Supplément au Traité de* Baudry-Lacantinerie, V, pp. 510 et s.; et *Précis de Droit civil*, II, n° 71, p. 98).

Nous n'entrerons pas dans le détail des différentes institutions concernant les créanciers chirographaires à gage spécialisé, nous bornant à signaler l'un des cas les plus importants, celui du droit de rétention, que nous retrouverons d'ailleurs ultérieurement.

Contentons nous pour l'instant de noter que ces institutions ressortissent comme les règles concernant le créancier chirographaire à gage indéterminé au crédit personnel.

Les institutions de crédit personnel comprennent enfin les sûretés personnelles proprement dites qui résident essentiellement dans le fait par une personne de venir s'engager en qualité de débiteur chirographaire aux côtés d'une autre personne aux fins de garantir au créancier le paiement de la dette de cette dernière. Les sûretés personnelles se ramènent donc à adjoindre un patrimoine à un autre ou en d'autres termes à donner au créancier deux ou plusieurs débiteurs.

La principale des sûretés personnelles est le cautionnement, mais on peut aussi y joindre la solidarité et même l'indivisibilité qui constituent des moyens de crédit.

Toutes les institutions de crédit personnel sont en définitive la conséquence et si l'on peut dire la mise en activité de la notion d'obligation; elles traduisent efficacement l'asservissement de l'activité économique d'une ou plusieurs personnes au profit d'une autre, en affectant le patrimoine du ou des débiteurs à la garantie du créancier. Sans doute, dans le cas du créancier chirographaire à gage spécialisé, le créancier se trouve en présence non seulement du patrimoine considéré comme une entité abstraite, une universalité du droit, mais encore d'un ou plusieurs éléments concrets de ce patrimoine; mais même dans ce cas c'est bien plutôt l'activité générale du débiteur se fixant à raison des circonstances sur un élément particulier du patrimoine qui est prise en considération plutôt que l'affectation directe, immédiate et complète de cet élément envisagé dans sa valeur pécuniaire. Aussi cette affectation, si elle constitue en fait une garantie précieuse pour le créancier, ne lui procure pas le plus souvent directement satisfaction et constitue par exemple, comme dans le cas du droit de rétention, plutôt un moyen de pression indirecte lui permettant d'obtenir plus sûrement l'exécution volontaire.

En réalité, les créanciers chirographaires à gage spécialisé constituent une catégorie intermédiaire entre les institutions de crédit personnel et celles de crédit réel, bien que ressortissant plutôt au premier.

Avec les institutions de crédit réel ou sûretés réelles, nous rencontrons au contraire la notion d'une affectation directe et spéciale des éléments de richesse concrets appartenant au débiteur à l'exécution de telle ou telle de ses obligations. La sûreté réelle dans sa définition la plus générale peut être considérée comme la constitution au profit du créancier d'un droit réel de garantie ou de droits plus ou moins assimilés aux droits réels de garantie.

De même que la notion de sûreté en général évoque les notions d'obligation et de crédit, la notion de sûreté réelle évoque celle de droit réel, et particulièrement de droit réel de garantie.

On sait que le droit réel est un rapport de droit en vertu duquel une chose se trouve d'une manière immédiate et exclusive, en tout ou en partie, soumise au pouvoir d'appro-

priation d'une personne. De même que la notion d'obligation traduit juridiquement la notion économique de service, de même le droit réel n'est que la traduction juridique de l'appropriation des richesses c'est-à-dire des choses corporelles du monde extérieur et de leur utilisation privative par l'homme pour la satisfaction de ses besoins. C'est pourquoi il ne peut porter que sur une chose corporelle, toute richesse étant matérielle; il est vrai que l'on étend parfois la notion de droit réel aux biens incorporels et que l'on parle couramment de propriété intellectuelle, artistique, littéraire ou industrielle; mais on peut se demander s'il n'y a pas là une métaphore et si les droits que l'on désigne ainsi ne sont pas très différents par leur nature et leur objet des droits réels proprement dits; nous retrouverons d'ailleurs cette question ultérieurement à propos de la mise en gage des biens incorporels (V. plus loin 1re partie, Chap. III, p. 109 et 2e partie chap. IV, Sect. III, § 6, et Sect. V § 2, B).

De même nous n'examinerons pas ici les caractères techniques du droit réel et notamment le droit de préférence et le droit de suite qu'il entraîne nécessairement et par lesquels on l'oppose ordinairement au droit de créance car nous aurons l'occasion de revenir sur cette question.

Les droits réels se divisent, ainsi qu'on le sait, en droits réels principaux et en droits réels accessoires appelés aussi droits réels de garantie ou droits réels du second degré.

Les droits réels principaux portent directement sur la chose prise dans son individualité organique, et ont pour objet son utilisation matérielle; le plus important est le droit de propriété qui permet à son titulaire d'absorber toutes les utilités de la chose sous réserve des autres droits réels qui auraient pu être concédés à des tiers; parmi les droits réels principaux, il faut encore mentionner les servitudes réelles, les droits réels de jouissance et d'usage (usufruit, usage et habitation) et le droit réel d'emphytéose dérivant d'un bail à long terme.

Les droits réels accessoires ou de garantie qui nous intéressent particulièrement ici, s'adressent à la valeur économique représentée par la chose et ont pour objet par delà l'individualité organique de cette chose l'appropriation totale ou partielle de sa valeur pécuniaire; ils ont pour but de

garantir l'exécution d'une obligation préexistante, d'où leur nom de droits réels accessoires ou de garantie.

Une certaine incertitude plane en doctrine sur la nature même des droits réels de garantie; certains auteurs y voient des droits réels démembrés de la propriété au même titre que les servitudes par exemple, d'autres les considèrent comme portant sur le droit de propriété et non sur la chose même; d'autres enfin y voient des droits portant sur la valeur pécuniaire de la chose. Bien que la définition que nous venons d'en donner se rattache plutôt à la troisième opinion que nous considérons comme la plus exacte, nous n'avons pas l'intention de trancher actuellement cette controverse que nous retrouverons plus loin.

Nous réserverons de même la question de savoir si un droit réel de garantie peut avoir pour objet un droit de créance, cette question présentant en matière de gage, un intérêt tout particulier.

Signalons simplement à cette place que des difficultés encore plus grandes s'élèvent lorsqu'il s'agit d'établir la nomenclature des droits réels de garantie et de déterminer quels sont les droits qu'il faut ranger dans cette catégorie. Tout le monde s'accorde à considérer l'hypothèque, droit réel de garantie portant sur un immeuble (ou sur sa valeur) comme le type même de cette catégorie de droits. Le droit de gage qui fait l'objet de cette étude et le droit d'antichrèse que le Code et la plupart des auteurs rapprochent du gage sous le nom commun de nantissement sont aussi généralement considérés comme des droits réels, avec certaines réserves en ce qui concerne l'antichrèse. Nous verrons plus loin que, même en ce qui concerne le gage, sa classification parmi les droits réels de garantie, bien qu'admise par la généralité de la doctrine et de la jurisprudence n'est pas sans soulever certaines difficultés.

Les auteurs classiques rangent également parmi les droits réels, certains privilèges. On a même prétendu que tous les privilèges étaient des droits réels (V. Poplawski, *La notion de privilège en Droit romain et en Droit civil français*, Etude historique et critique, Thèse, Bordeaux, 1913); nous verrons plus loin ce qu'il faut penser de cette théorie; disons

seulement ici qu'à notre avis, le privilège ressortit à la fois au crédit réel et au crédit personnel.

Enfin, certains auteurs rangent parmi les droits réels de garantie, le droit de rétention dont nous avons déjà fait mention à propos du créancier chirographaire à gage spécialisé.

Quoi qu'il en soit de ces controverses sur lesquelles nous ne pouvons prendre parti pour l'instant et que nous retrouverons, notons seulement que le droit réel de garantie permet à son titulaire non de retirer de la chose qui en fait l'objet ses utilités matérielles, mais de faire vendre un jour cette chose, de la convertir en argent et de se payer sur cette somme. Ce qui caractérise le droit réel de garantie c'est que le créancier qui en est titulaire a un droit acquis à réaliser la valeur du bien qui en fait l'objet et que ni le débiteur qui reste propriétaire de la chose grevée du droit réel, ni les tiers ne peuvent porter atteinte à ce droit.

II. - Objet de cette étude. - Conception du Code civil. - Gage et nantissement. - Le droit de gage et le contrat de gage, éléments de l'institution juridique du gage.

La notion de gage que nous nous proposons d'étudier, est parmi les institutions du Droit du crédit, l'une de celles qui ont été le moins approfondies.

Elle apparaît cependant comme excessivement complexe puisque comme nous le verrons bientôt elle met en jeu non seulement la notion de droit réel de garantie mais encore celles de possession, de détention, de privilège et de droit de rétention.

Elle présente en même temps un indiscutable intérêt pratique puisque dans l'état de notre Droit, le gage apparaît pratiquement comme la seule sûreté réelle applicable aux biens mobiliers dont l'importance s'est considérablement accrue de nos jours, surtout si comme le fait le Code civil, on range parmi eux les biens incorporels et notamment les créances.

On sait que le Code civil considère le gage comme une variété du nantissement. On désigne sous ce terme la sûreté réelle qui consiste à affecter à la garantie du créancier une chose soit immobilière sous la forme de l'antichrèse, soit mobilière sous la forme du gage, dont la possession ou tout au moins la détention est remise au créancier (art. 2071 et 2072 C. civ.). Les termes de gage et d'antichrèse désignent à la fois les contrats qui ont pour but et pour résultat de réaliser cette affectation et les droits de garantie qui dérivent de ces contrats.

En réalité, ainsi que nous le verrons plus loin, en dépit du rapprochement fait par le Code, les droits de gage et d'antichrèse sont de nature très différente. On peut même dire que la définition que nous venons de donner du nantissement n'est réellement exacte qu'en ce qui concerne le gage; car, dans l'antichrèse, ce n'est point en réalité l'immeuble dont la possession est remise au créancier, qui est affecté à la garantie de la créance, mais les revenus de cet immeuble. Au contraire, dans le gage, le bien mobilier qui fait l'objet du transfert de possession (ou tout au moins sa valeur) est réellement affecté à « la sûreté de la dette » (art. 2071 C. civ.).

Quoiqu'il en soit, retenons simplement, que le contrat de nantissement présente deux caractères génériques qui s'appliquent à la fois au gage et à l'antichrèse : 1° il a pour but de garantir à un créancier le paiement de sa créance, 2° à cet effet, il comporte la remise au créancier de la possession ou tout au moins de la détention d'une chose appartenant au débiteur ou à un tiers.

Dans le contrat de gage, cette chose est nécessairement un meuble; mais ce peut être un meuble incorporel, par exemple une créance. Le contrat de gage fait naître au profit du créancier sur ce bien mobilier un droit de préférence portant sur la valeur pécuniaire qu'il représente. Ce droit que la loi qualifie de privilège est considéré par les auteurs comme un droit réel.

En réalité, ainsi que nous le verrons par la suite, il n'est pas absolument exact de dire que ce droit naisse du contrat de gage; celui-ci comme tous les contrats et plus généralement comme tous les actes juridiques ne fait que mettre

en mouvement à propos d'une ou plusieurs personnes et d'un bien déterminés, un ensemble de règles générales établies par la loi ou plus exactement par les sources formelles des règles de droit (loi et coutume).

On peut même se demander en ce qui concerne le droit de gage si ce droit ne peut pas exister dans certains cas en dehors de tout contrat de gage proprement dit; nous verrons en effet que la doctrine, à défaut du texte même du Code civil, considère certains privilèges mobiliers spéciaux, comme reposant sur l'idée de gage tacite, c'est-à-dire en définitive, comme étant des droits de gage accordés par la loi à certains créanciers en dehors de toute convention expresse.

Quoiqu'il en soit de ce point pour l'instant, le droit de gage n'est pas le seul effet juridique qui découle du contrat de gage.

Outre le droit de préférence qui lui est accordé sur la valeur du bien donné en gage, le créancier gagiste a encore le droit de conserver la possession de ce bien jusqu'au paiement, ou droit de rétention; la jurisprudence lui accorde même, au cas de perte ou de vol, le droit de revendiquer la chose dont il a été dépossédé involontairement. Ces deux dernières prérogatives lui sont d'autant plus précieuses qu'il ne peut opposer son privilège ou droit de préférence aux autres créanciers que dans la mesure où il a conservé la possession de la chose. Cette possession elle-même produit, d'après la Jurisprudence, certains effets juridiques propres dont le principal est en vertu de l'article 2279 du Code civil de couvrir dans une certaine mesure, le vice résultant du défaut de propriété de la chose donnée en gage chez le débiteur ou plus généralement, chez le constituant.

D'autre part, le créancier a l'obligation de veiller à la conservation de la chose qui lui est ainsi confiée et de la restituer après paiement; par contre le débiteur doit lui rembourser les dépenses faites par lui pour cette conservation.

Ainsi sur la base du contrat de gage et du transfert de possession qui l'accompagne nécessairement, prennent naissance au profit ou à l'encontre du créancier gagiste un certain nombre de situations juridiques se traduisant pour lui par des droits ou des obligations; ou si l'on préfère, il existe du fait du contrat et de la mise en possession, un certain

nombre de relations de fait entre le créancier gagiste et le débiteur, entre ce créancier et les tiers ou enfin entre lui et la chose qui lui est remise, et la loi transforme ces relations de fait en rapports de droit en les prenant en considération pour en faire découler des droits ou des obligations.

Tous ces effets juridiques attachés au contrat de gage ont entre eux un lien commun en ce qu'ils concourent à assurer l'affectation directe et spéciale au paiement d'une créance d'un bien mobilier appartenant au débiteur ou à un tiers.

Par là, le gage peut être défini non seulement comme un droit ou un contrat, mais encore comme une institution juridique; on désigne, en effet, sous ce terme un composé de règles de droit se pénétrant les unes les autres au point de constituer un tout organique et embrassant une série indéfinie de relations qui sont du coup transformées en rapports de droit et dérivent d'un fait unique fondamental; ce fait, origine et base de l'institution la domine nécessairement, en commande la structure et le développement (V. sur la définition et les caractères de l'institution juridique, J. Bonnecase, *Introduction à l'étude du Droit*, id. 1931, n° 45 et s.) *Droit commercial maritime*, n° 123 et s.

L'institution juridique du gage a pour base et pour fondement l'affectation à la garantie d'une créance d'un bien mobilier. Le but poursuivi et la nature du bien donné en garantie sont les éléments dominants de l'institution et commandent impérieusement tant les conditions d'application des règles composant l'institution que le contenu de ces règles elles mêmes et les situations et rapports de droit qui en dérivent. Le contrat de gage ne fait que mettre en mouvement les règles composant l'institution; quant au droit de gage, il n'est que l'un des rapports de droit (à vrai dire le plus important) régis par ces règles juridiques; l'une et l'autre prennent place au sein de l'institution dont ils constituent des éléments composants.

Avant de terminer ce rappel de notions générales dont nous nous excusons auprès des lecteurs mais que nous estimions indispensable pour la clarté des explications subséquentes, rappelons encore que les rapports de droit et les institutions juridiques ne sont pas des entités abstraites soumises à l'arbitraire et au caprice du législateur.

Le rapport de droit est une relation de fait prise en considération par le Droit; cette relation, engendrée par un conflit d'ordre social qui met aux prises deux personnes constitue un élément matériel du rapport de droit ; celui-ci est constitué par l'adjonction à cet élément matériel d'un élément formel, la règle de droit qui pour donner une solution sociale à ce conflit précise les conditions de la prise en considération de la relation de fait par le Droit et les effets qui s'en suivront. A son tour, la relation de fait elle-même réagit sur la règle de droit et aboutit à lui donner dans chaque cas une physionomie particulière. C'est pourquoi l'on peut dire que les faits économiques et sociaux sont à titre d'élément expérimental du Droit à la base de toute la technique juridique.

Par la force même des choses, il n'y a pas plus de rapports de droit isolés qu'il n'y a de règles de droit isolées; les rapports de droit se forment et se dissolvent au sein des institutions juridiques : « un même fait fondamental ou si l'on veut une même situation de fait fondamentale engendre des séries de faits ou de relations de fait secondaires dont l'ensemble s'offre au législateur comme le tronc et les branches susceptibles de fournir la substance d'une institution juridique, des règles de droit appelées à en dériver et aussi des rapports de droit, conséquence de ces dernières, (J. Bonnecase *Traité du Droit commercial maritime*. n° 124, p. 107).

En ce qui concerne le gage, l'élément expérimental qui constitue le fait fondamental auquel s'appliquent les règles de droit qui constituent l'institution juridique du gage est fourni par la notion économique de crédit. Cette institution comme toutes celles du droit du crédit se trouvera donc dans une dépendance étroite vis-à-vis des phénomènes économiques qui se rattachent à cette notion. Inversement la construction technique ainsi obtenue réagit sur ces phénomènes économiques en leur donnant l'armature indispensable et la sanction de la contrainte sociale, Les divers rapports de droit engendrés par le fonctionnement de l'institution se calquent donc sur les rapports de fait qu'engendre un crédit fait principalement en considération de tel ou tel des éléments concrets de nature mobilière composant le patrimoine de l'emprunteur.

Ajoutons que les institutions juridiques elles-mêmes sont rarement isolées les unes des autres. D'une part il existe des institutions qui apparaissent comme le complément et la sanction d'autres institutions et qui ne peuvent se concevoir qu'en fonction de celles-ci auxquelles elles se rattachent étroitement. C'est le cas notamment des institutions du Droit du crédit qui viennent fortifier et étayer les institutions dont l'ensemble constitue le Droit des obligations. En outre, au sein d'une institution donnée peuvent venir jouer les éléments d'une autre institution; c'est ainsi par exemple que les notions de possession et de détention sont mises en jeu par l'institution du gage, bien qu'il s'agisse là d'institutions distinctes ayant un domaine propre et englobant d'autres situations que celles du créancier gagiste.

Cette intervention d'institutions distinctes au sein d'une institution donnée n'enlève d'ailleurs nullement à celle-ci son individualité; mais pour être bien comprises et rationnellement appliquées les règles de droit qui ressortent à la fois à deux institutions supposent la connaissance et la compréhension au moins sommaire du but et de la nature de chaque institution.

Il nous sera donc nécessaire en étudiant l'institution juridique du gage de sortir quelquefois de notre domaine et de porter notre attention sur d'autres institutions qui ont avec certains de ses éléments des points de contact, sans d'ailleurs perdre de vue notre but essentiel qui est en définitive la compréhension et l'interprétation rationnelles des règles dont l'ensemble constitue l'institution du gage.

Notons enfin que la loi qui à notre époque est la plus importante des sources formelles des règles de droit, étant donné le rôle de plus en plus restreint de la coutume, ne doit pas seulement s'inspirer des besoins économiques et sociaux du moment; ceux-ci ne sont qu'une partie de ce qu'on a appelé le donné expérimental ou l'élément expérimental des sources réelles du droit; cet élément comprend également une partie permanente tenant à la nature même de l'homme et qui reste immuable à travers l'évolution des sociétés humaines; les données de l'expérience ne suffisent pas d'ailleurs à rendre compte de l'ensemble des règles du Droit positif; celui-ci nous apparaît également

soumis à des données rationnelles issues de la notion de Droit qui n'est autre que l'expression du principe de justice objective, de la notion du juste en soi qui consiste essentiellement suivant la vieille formule à attribuer « à chacun le sien » *(cuique suum)* suivant la double forme de la justice commutative et distributive. L'élément rationnel et l'élément expérimental apparaissent ainsi comme les sources réelles des règles de droit, dominant le mécanisme de la technique juridique et constituant la science juridique proprement dite (V. sur cette opposition de la science et de la technique ou du «donné» et du « construit », ainsi que sur les différents éléments du « donné » juridique : Gény, *Science et technique en droit privé positif*, I, p. 96 et s.; J.. Bonnecase, *La notion de droit en France au XIX*e *siècle*, Paris, De Boccard, 1919; *Introduction à l'Etude du Droit*, Paris, Sirey, 1931; *Science du Droit civil, considérations sur son état présent*, Paris, De Boccard, 1932; *Science du Droit et romantisme*, Paris, Sirey, 1928, p. 274 et s., nos 118 et s.).

Dans le Droit du crédit, comme dans le Droit des obligations, la technique juridique semble à première vue avoir une place prépondérante à raison de l'abondance des détails et de la complexité des intérêts en cause qui imposent une réglementation touffue au milieu de laquelle les données premières de la raison et de l'expérience semblent quelque peu diluées et écrasées sous le poids des dispositions d'ordre technique. Nous verrons que cette observation est particulièrement exacte en ce qui concerne le gage; il semble que l'on puisse à ce propos répéter ce qu'écrivait M. Gény à propos de l'organisation du crédit hypothécaire : « A ce point, la notion suprême de justice arrive presque à se dissoudre dans une masse de considérations contingentes, tellement qu'elle ne peut se réaliser jusqu'au bout, sinon par le moyen de constitutions artificielles qui nous font entrer dans le domaine de la technique » (Gény, op. cit., II, p. 393 et s.). Malgré tout, et sous peine de ne donner des problèmes si délicats que pose dans notre Droit l'organisation du crédit mobilier, qu'une vue superficielle, il nous faudra rechercher par delà les constructions techniques auxquelles a donné lieu la notion de gage, les données scientifiques qui en cette matière comme en toute autre dominent l'élabora-

tion et l'agencement des règles positives dont l'ensemble constitue l'institution du gage.

III. - Méthode et Plan.

Nous nous proposons d'étudier l'institution du gage en Droit privé français ce qui englobe à la fois le Droit civil et le Droit commercial. Nous pensons en effet que le Droit commercial tant terrestre que maritime n'est qu'une branche du Droit privé en général, et, en fait, beaucoup d'institutions sont communes au Droit commercial et au Droit civil. En l'espèce, sous réserves de certaines variétés propres soit au Droit commercial terrestre soit au Droit maritime, la notion de gage est absolument la même en Droit civil et en Droit commercial et il n'y a guère entre le gage civil et le gage commercial que de légères différences de réglementation.

Par contre tant en Droit civil qu'en Droit commercial, la notion de gage s'est diversifiée suivant la nature des biens mobiliers considérés et certaines de ces variétés régies par des lois relativement récentes semblent à première vue différer beaucoup de ce qu'on peut appeler le gage de Droit commun tel qu'il a été défini et réglementé par le Code : les warrants commerciaux, agricoles, hôteliers et pétroliers, le gage accordé aux vendeurs à crédit de véhicules automobiles, le gage sur connaissement ou crédit documentaire en Droit commercial maritimes ont autant de variétés différentes de la notion de gage dont certaines présentent des caractères tout particuliers. Il en est de même du nantissement des fonds de commerce, si l'on voit en lui une forme de gage et non une hypothèque mobilière.

D'autre part, en rangeant parmi les biens mobiliers pouvant faire l'objet d'un droit de gage, les meubles incorporels, notamment les créances et ce que l'on appelle parfois les droits réels intellectuels (propriété industrielle, littéraire et artistique), le Code civil pose la question de savoir si les droits de gage grevant les biens dont s'agit sont de même nature que ceux qui frappent les meubles corporels et si à d'autres points de vue, notamment en ce qui concerne la

possession, la nature différente des biens affectés à la garantie de la créance n'implique pas des régles spéciales.

Enfin dans un certain nombre de cas, telle institution qualifiée de gage soit par les termes mêmes de la loi soit par certains auteurs sera considérée par d'autres comme ressortissant soit à l'hypothèque soit au droit de rétention.

En définitive, on peut se demander si la notion de gage répond bien en Droit français à une notion unique et quels sont exactement les caractères et le contenu de cette notion. Ce sera là l'objet principal de notre étude.

Avant d'essayer de dégager une notion générale du gage, il nous faudra examiner les différentes variétés de cette notion telles qu'elles apparaissent en Droit civil et en Droit commercial d'après les textes législatifs et leur interprétation doctrinale et jurisprudentielle. Cela nous permettra ensuite de rechercher si ces différentes variétés répondent à une notion unique et dans l'affirmative d'en déterminer le contenu et d'éliminer, s'il y a lieu, celles des institutions parfois considérées comme des applications de la notion de gage et qui seraient en réalité l'application de notions distinctes.

Notre première partie sera donc consacrée à un exposé descriptif des applications du gage en Droit privé français. Nous y examinerons successivement les caractères des différentes variétés du gage en évitant autant que possible de prendre parti dans les controverses doctrinales sur la nature des droits et obligations du créancier gagiste et en nous bornant à les signaler.

Dans une seconde partie, nous nous efforcerons de construire une théorie rationnelle de l'institution et d'en marquer nettement les limites et le contenu. En d'autres termes, après avoir fait dans notre première partie l'analyse des éléments de discussion, nous essayerons de faire la synthèse de ces éléments et de dégager une notion de gage qui réponde dans son ensemble aux différentes variétés qui n'en sont que des applications.

Cela nous permettra en définitive de situer exactement la place du gage dans l'ensemble du Droit du crédit et de le différencier des institutions voisines.

Bien que l'on ne puisse pas plus en Droit qu'en toute autre science séparer sans arbitraire la théorie de la pratique,

notre première partie sera surtout pratique, étant consacrée essentiellement à l'examen du contenu des textes législatifs et des solutions jurisprudentielles, tout en ne négligeant pas d'indiquer les conséquences théoriques que la doctrine prétend tirer des solutions pratiques ou les solutions qu'elle fait découler de constructions théoriques dont nous apprécierons le mérite dans notre seconde partie. Cette seconde partie sera consacrée à l'examen critique tant des constructions doctrinales que des solutions législatives et jurisprudentielles que nous aurons dégagées dans notre première partie; nous nous y efforcerons, après avoir fait œuvre critique, d'élaborer en partant des données fournis par l'expérience, une construction technique du gage qui satisfasse à la fois la raison et les exigences de la vie pratique et nous permette de proposer des solutions aux questions controversées. Cette partie sera donc surtout théorique, mais devra cependant tenir compte, sous peine d'être frappée d'avance de stérilité, des données de la réalité expérimentale.

PREMIÈRE PARTIE

Exposé descriptif des applications de la notion de gage en Droit privé français.

Des explications que nous avons données dans l'Introduction, il résulte que le gage est une institution juridique en vertu de laquelle la valeur pécuniaire d'un bien mobilier dont la possession (ou tout au moins la détention) est remise au créancier, est directement et spécialement affectée au paiement d'une créance. Cette institution est ordinairement mise en mouvement par un contrat passé entre le créancier et le débiteur.

D'après cette définition sommaire que nous pouvons prendre pour point de départ, les éléments essentiels du gage sont :

1° le contrat de gage qui peut être suppléé dans les cas dits de gage tacite par une disposition expresse de la loi accordant à certains créanciers un privilège sur certains meubles de leur débiteur;

2° un bien mobilier qui est affecté à la garantie d'une créance;

3° la remise au créancier de la possession ou détention de ce bien;

4° l'affectation directe et spéciale de la valeur de ce bien au paiement de la créance, affectation dont l'effet principal est de faire naître au profit du créancier un droit réel de garantie sur ce bien, droit que la loi qualifie de privilège.

Le mode de transfert de la possession et la nature de l'affectation varient suivant la nature du bien donné en garan-

tie; c'est-à-dire suivant qu'il s'agit de meubles corporels ou incorporels; d'autre part, comme nous le verrons par la suite tantôt c'est la détention matérielle du bien lui-même qui est remise au créancier ou à un tiers convenu entre les parties; tantôt c'est la possession d'un titre représentatif de ce bien; c'est le cas notamment dans la plupart des cas dits de gage « sans dépossession »; il arrive pourtant que cette forme de mise en possession se combine avec le dessaisissement du débiteur aux mains d'un tiers convenu qui sous certains rapports possède ou est censé posséder la chose pour le compte du créancier; tantôt enfin, le créancier ne possède même pas un titre représentatif de la chose; le transfert de la possession est alors remplacé par une incription sur des registres publics et l'institution bien que s'appliquant à des meubles se rapproche alors de l'hypothèque; c'est le cas notamment du nantissement des fonds de commerce.

On peut encore distinguer les variétés du gage suivant la nature et la cause de la créance garantie en gage civil et commercial.

Enfin on peut distinguer le gage conventionnel fondé sur un contrat de gage, ce qui est le cas le plus fréquent, des cas de gage « tacite » ou légal.

Notre premier chapitre traitera du gage des meubles corporels avec dépossession en Droit civil et le second du gage des meubles corporels avec dépossession en Droit commercial. Sans doute, ainsi que nous l'avons indiqué dans l'Introduction, la notion de gage est en principe la même en Droit civil et en Droit commercial; toutefois, certaines variétés du gage de meubles corporels spéciales au Droit commercial tant terrestre que maritime présentent une physionomie particulière; c'est pourquoi nous avons cru devoir consacrer à l'étude de ces diverses variétés en même temps qu'à celle du gage commercial en général un chapitre particulier.

Nous traiterons ensuite dans les deux derniers chapitres de cette première partie, du droit de gage portant sur des meubles incorporels et des cas de gages dits « sans dépossession », en englobant cette fois dans cet examen aussi bien les institutions relevant du Droit commercial que celles ressortissant au Droit civil.

CHAPITRE PREMIER

Du gage de meubles corporels avec dépossession en Droit civil.

Le gage a pour but d'affecter à la garantie d'une créance un bien mobilier; par là il se distingue à la fois de l'antichrèse et de l'hypothèque qui ont pour objet des immeubles; par là aussi, il se distingue à la suite d'une évolution historique que nous ne pouvons retracer ici, du *pignus* romain qui pouvait porter sur des immeubles aussi bien que sur les meubles.

Mais la distinction des meubles et des immeubles n'a en réalité de raison d'être que pour les choses corporelles et c'est par une extension très discutable de cette distinction que le Code civil range parmi les meubles, les biens incorporels. On peut donc dire que le type même du meuble est le meuble corporel.

D'autre part, le caractère essentiel du gage et ce qui explique sa survivance en face de la sûreté beaucoup plus parfaite de l'hypothèque, c'est qu'il dessaisit matériellement le débiteur et empêche ainsi le détournement et la dissimulation par le débiteur de la chose donnée en garantie, détournement et dissimulation qui sont particulièrement aisés, lorsqu'il s'agit de meubles corporels.

On peut donc dire que le gage concernant les meubles corporels et supposant la dépossession du débiteur représente le type même du gage, le gage de Droit commun; c'est donc lui que nous devons étudier en premier lieu.

Bien que le gage commercial soit pratiquement plus répandu que le gage civil et présente plus de variétés, nous ne devons pas oublier que, dans l'ensemble du Droit privé, le Droit civil représente pour ainsi dire le Droit commun.

C'est donc au gage civil c'est-à-dire ayant pour but de garantir une créance non commerciale que nous devons d'abord nous attacher.

Ce chapitre traitera à la fois du gage conventionnel c'est-à-dire supposant à sa base un contrat et des cas de gage tacite édictés par la loi en dehors de toute convention expresse.

Une première section traitera des caractères et des conditions d'existence et de validité du contrat de gage; nous examinerons ensuite dans une seconde section, les droits et obligations du créancier gagiste et du constituant; une troisième et dernière section sera consacrée au gage tacite.

Dans ce chapitre, comme dans l'ensemble de l'ouvrage nous nous attacherons moins aux détails purement réglementaires et techniques qu'aux dispositions et aux solutions qui nous permettrons d'éclaircir la notion générale de gage.

Section I.

Caractères, conditions d'existence et de validité du contrat de gage.

§ 1. *Caractères du contrat de gage.* — Nous savons déjà que d'après la définition résultant du texte des articles 2071 et 2072 du Code civil, le gage est un contrat par lequel le débiteur lui-même ou un tiers remet au créancier un objet mobilier destiné à lui servir de sûreté.

Ce contrat est à la fois « productif d'obligations et créateur d'un droit réel » (Planiol et Ripert, *Traité élémentaire de Droit civil*, II, n° 2388).

Dans la doctrine classique, le gage est considéré comme un contrat réel, unilatéral, à titre onéreux et accessoire.

On sait que la distinction des contrats en contrats consensuels, réels et solennels se rapporte aux modes de formation du contrat. En l'espèce la qualification du contrat de gage comme contrat réel est liée à la nécessité de la mise en possession du créancier gagiste. Nous y reviendrons tout à l'heure en examinant les conditions d'existence du contrat.

Le gage est un contrat unilatéral et non synallagmatique car il ne fait naître immédiatement d'obligation qu'à la charge du créancier gagiste qui est tenu de veiller à la conservation de la chose et de la restituer après paiement. A la vérité, le débiteur qui a remis la chose peut ultérieurement être tenu de l'obligation de rembourser au créancier les dépenses par lui faites pour la conservation de la chose.

Ainsi le gage rentre dans la catégorie des contrats que le Droit romain qualifiait de contrats synallagmatiques imparfaits et qui, tout en ne faisant naître immédiatement d'obligation qu'à la charge de l'une des parties peuvent ultérieurement donner lieu à des obligations à la charge de l'autre. Mais cette catégorie n'existe pas en Droit français et tous les auteurs s'accordent à classer ces contrats parmi les contrats unilatéraux, la nature du contrat devant être appréciée au moment de sa formation et non d'après les faits qui peuvent surgir ultérieurement.

M. Planiol (*Traité élémentaire*, II, n° 950) fait d'ailleurs remarquer à cet effet que l'obligation de rembourser les dépenses de conservation naît, non du contrat, mais du fait matériel de la dépense faite dans l'intérêt de la chose d'autrui, et existerait même si ce fait s'était produit entre personnes non liées par un contrat.

Le contrat de gage est un contrat à titre onéreux puisque chacune des parties reçoit quelque chose de l'autre, le créancier gagiste devenant titulaire d'un droit réel sur la chose donnée en gage et en recevant la possession ou tout au moins la détention et étant d'autre part tenu envers le constituant des obligations de conservation et de restitution.

Il est en outre accessoire en ce sens qu'il suppose l'existence d'une créance qu'il est destiné à garantir; remarquons à ce propos avec Planiol (*Traité élémentaire*, II, n° 959) que la distinction des contrats principaux et accessoires est mal à propos appliquée aux contrats et que c'est en définitif le droit réel de gage et non le contrat qui est l'accessoire de la créance garantie.

§ 2. *Conditions d'existence et de validité.* — Nous ne nous occuperons ici que des conditions propres au contrat de gage, étant entendu qu'il doit en outre remplir les conditions exigées pour la validité de tous les contrats en général.

Les conditions d'existence propres au contrat de gage sont relatives soit à la nature de la chose donnée en gage, soit à l'existence d'une dette à garantir, soit aux qualités requises du constituant, soit à la nécessité de la mise en possession du créancier gagiste.

La loi exige en outre que pour être opposable aux tiers, le contrat de gage soit dans la plupart des cas rédigé par écrit.

A. - *Objet du gage.* — On sait déjà que seules peuvent être données en gage les choses mobilières; par contre en principe le gage peut s'appliquer à toute espèce de meubles, corporels ou incorporels, on doit cependant en exclure certains meubles tels les navires que la loi a assimilé en partie à des immeubles en les déclarant susceptibles d'hypothèques (V. sur la mise en gage des navires avant la loi du 10 décembre 1874 qui a créé l'hypothèque maritime, infra p. 106; un régime analogue à l'hypothèque maritime existe pour les bateaux de rivière et les aéronefs depuis les lois du 5 juillet 1917 et du 31 mai 1924).

Le numéraire peut faire l'objet d'un gage; le « nantissement en argent » mentionné par l'article 832 du Code pénal civil et dont la validité est reconnue par la Jurisprudence porte dans la pratique le nom de cautionnement, bien qu'il n'ait rien de commun avec la sûreté personnelle résultant de l'engagement d'une caution. Le cautionnement fourni par les agents comptables, les officiers ministériels, etc..., en vue de répondre des conséquences des fautes commises par eux dans l'exercice de leurs fonctions n'est autre chose qu'un gage portant sur une somme d'argent.

Remarquons que le plus généralement, le cautionnement ainsi défini sert à garantir des dettes éventuelles pouvant naître de la mise en jeu d'une responsabilité professionnelle et n'existant pas encore au moment où le cautionnement est fourni; le plus souvent aussi, il est remis non aux créanciers qui ne sont pas encore connus au moment de sa constitution mais à un tiers qui le détient pour leur compte.

Remarquons enfin que ce nantissement diffère un peu du gage ordinaire en ce que le créancier ou le tiers qui a reçu le cautionnement est débiteur d'une somme d'argent et

non possesseur de la chose d'autrui ce qui d'après Planiol (*Traité élémentaire*, II, n° 2391) exclurait la possibilité en cas de détournement ou de dissipation de fonds qui leur sont ainsi confiés, de leur appliquer les peines de l'abus de confiance. Il semble cependant que la Jurisprudence admet cette application (V. Cass. crim., 29 nov. 1866, D, 67, 1, 43; 12 décembre 1890, D, 91, 1, 325; 14 mai 1875, S, 75, 1, 383; D, 76, 1, 45; Cass. crim., 20 avril 1901, S, 05, 1, 197).

B. - *Créance garantie.* — La nécessité d'une dette à garantir résulte naturellement de ce que le contrat de gage a pour but de faire naître un droit accessoire destiné à garantir le paiement d'une créance. Remarquons toutefois qu'il n'est pas indispensable que l'obligation à garantir existe déjà au moment du contrat; nous venons d'en voir un exemple à propos du cautionnement des fonctionnaires et officiers ministériels; d'une façon générale, la Jurisprudence pose en principe que le nantissement peut garantir une dette non actuelle, et s'appliquer à l'obligation de faire comme à l'obligation de donner et à la dette éventuelle comme à la dette actuelle (Cass. crim., 29 novembre 1866 précité); bien que ce principe ait été dégagé par la Cour de Cassation à propos d'une espèce qui mettait en jeu les principes du droit pénal, on ne fait aucune difficulté pour l'admettre également en matière civile; il est admis notamment qu'un nantissement peut garantir les obligations éventuelles résultant d'une ouverture de crédit ou d'un compte courant.

C. - *Capacité des parties.* — I. Le contrat de gage n'exige en principe pour son existence aucune qualité spéciale de la part du créancier gagiste; il suffit que celui-ci soit capable de contracter.

En principe, c'est le créancier lui-même ou son mandataire ou représentant qui exige le gage et est partie au contrat. Cependant parfois le gage est stipulé d'avance par un tiers qui se fait le gérant d'affaires de créanciers futurs dont la créance n'est pas encore née; c'est ce qui se produit par exemple dans le cautionnement exigé des fonctionnaires ou officiers publics.

Notons ici que le prêt sur gage de meubles corporels lorsqu'il cesse d'être un fait accidentel pour devenir une

profession, est le monopole d'établissements spéciaux (Mont de Piété ou Caisses de Crédit-Municipal) qui sont soumis à une réglementation administrative que nous n'avons pas à envisager ici; ce monopole ne s'applique d'ailleurs qu'au gage civil et non au gage commercial. Ajoutons qu'une exception à ce monopole a été faite par le décret -loi du 30 octobre 1935 en faveur des prêts consentis à des cultivateurs par des négociants en grains et produits agricoles sur mise en gage du blé.

II. Le constituant peut être soit le débiteur lui-même de la créance garantie soit un tiers. Le tiers qui constitue un gage pour le débiteur ne s'oblige pas personnellement à la dette; mais la valeur de la chose qu'il a remise au créancier en répondra s'il y a lieu. Si le gage n'est pas utilisé au profit des créanciers dans l'intérêt desquels il a été demandé, les objets ou les sommes données en nantissement doivent être rendues à celui qui les a fournies. C'est ainsi que s'explique le privilège des bailleurs de fonds réservé aux personnes qui ont prêté les fonds nécessaires à la constitution d'un cautionnement d'officier public ou ministériel; ce privilège est aussi appelé privilège de second ordre, parce qu'il passe après le privilège pour faits de charge accordé aux créanciers dont la créance est née à propos des faits professionnels en vue desquels le cautionnement est exigé. Il permet aux personnes qui en bénéficient de rentrer dans leurs fonds en l'absence de tout créancier pour fait de charge, sans que les autres créanciers du fonctionnaire ou de l'officier ministériel puissent prétendre à aucun droit sur les sommes constituant le cautionnement. On a vu dans ce privilège une forme de gage, l'Administration qui joue le rôle de tiers convenu, gardant les fonds et valeurs composant le cautionnement pour le compte de qui de droit, d'abord pour les créanciers d'indemnités pour faits de charge, ensuite pour les bailleurs de fonds. La Jurisprudence a étendu ce privilège au cas du cautionnement fourni par des sociétés privées (Cass., 19 février 1906, D, 07, 1, 73). Certains auteurs en ont conclu qu'il n'y avait pas là un véritable privilège, le privilège ne pouvant résulter que de la loi. Nous retrouverons ce point plus tard.

Le constituant qu'il soit le débiteur lui-même ou un tiers doit remplir deux conditions : être propriétaire de la chose

donnée en gage et être capable d'aliéner. Le gage peut en effet conduire à une aliénation éventuelle puisque le créancier gagiste non payé a le droit de faire vendre la chose donnée en gage; en outre la constitution du droit réel de gage peut être considérée comme une aliénation partielle si l'on voit dans ce droit un démembrement de la propriété. Signalons à cet effet que, bien que la Jurisprudence permette en principe au mari d'aliéner la dot mobilière de la femme sous le régime dotal, elle n'admet pas en principe, tout au moins en ce qui concerne le gage conventionnel que le mobilier dotal, corporel ou incorporel puisse être donné en nantissement (Paris, 16 février 1903, S, 04, 2, 67); ce point est toutefois discuté (V. infra au sujet des valeurs dotales, p. 114).

Au cas où le constituant du gage serait incapable d'aliéner ou ne serait pas propriétaire de la chose donnée en gage, le créancier gagiste serait exposé, en cas d'incapacité, à une action en nullité de la part de l'incapable et en cas de défaut de propriété à une action en revendication de la part du propriétaire.

Toutefois au cas où le gage est constitué par un non propriétaire, on admet que le créancier gagiste s'il est de bonne foi c'est-à-dire s'il a cru traiter avec le véritable propriétaire peut repousser la revendication en invoquant l'article 2279 et la maxime « En fait de meubles, possession vaut titre ». A vrai dire au lendemain de la rédaction du Code, certains auteurs ont dénié au créancier gagiste cette possibilité en soutenant que l'article 2279 supposait une possession à titre de propriétaire, *animo domini* et que la possession du gagiste était entachée de précarité; on invoquait à ce sujet l'autorité de Pothier qui sous notre ancien droit, admettait que le gage constitué sur la chose d'autrui était nul et que le véritable propriétaire pouvait revendiquer la chose entre les mains du créancier gagiste que celui-ci fut ou non de bonne foi (V. Grenier, *Des hypothèques*, II, n° 314; Pothier, *Du nantissement*, n^{os} 7 et 27).

Mais une Jurisprudence constante permet au créancier gagiste de bonne foi de se prévaloir de l'article 2279, qu'il s'agisse de meubles corporels ou de créances représentées par des titres au porteur, ceux-ci étant assimilés à des meubles corporels (Cass. Req., 23 janvier 1860, S, 60, 1, 543;

D, 60, 1, 123; Req., 12 mars 1888, D, 88, 1, 404; Douai, 20 juin 1892, S, 92, 2, 161; Note Lyon-Caen; Cass. Req., 25 mars 1901, S, 01, 1, 305; 23 octobre 1905, D, 06, 1, 7; Cass., 19 juin 1928, D, 29, 1, 45). La revendication n'est possible que si le gagiste est de mauvaise foi; c'est-à-dire s'il a su que le constituant n'était pas propriétaire, l'appréciation de cette mauvaise foi appartenant essentiellement aux juges du fond (Cass., 16 mai 1899, S, 1900, 1. 86) ou si le gage n'a pas été régulièrement constitué (Cass. civ. 28 mars 1888, D, 88, 1, 253).

Cette jurisprudence est généralement approuvée par la doctrine (Aubry et Rau, *Cours de Droit civil*, II, § 183, p. 159; Laurent XXXII, n° 575; Thézard, *Du nantissement*, n° 8; Baudry-Lacantinerie et De Loynes, *Du nantissement, des privilèges et hypothèques*, n° 31; Lyon - Caen et Renault, *Droit commercial*, III, n° 290).

Remarquons à ce sujet que tout le monde est d'accord pour reconnaître que l'article 2279 ne peut être en principe invoqué que par les possesseurs proprement dits, c'est-à-dire par ceux qui en fait, utilisent la chose dans leur intérêt propre et en jouissent comme s'ils avaient sur elle soit un droit de propriété soit tout au moins un droit réel; cela exclut les détenteurs ou possesseurs précaires qui possèdent pour autrui, tels le locataire, le dépositaire, le commanditaire, etc...

En permettant au créancier gagiste d'invoquer la maxime « En fait de meubles, possession vaut titre », la Jurisprudence lui reconnaît donc la qualité de possesseur; cependant à d'autres titres, le créancier gagiste est considéré comme un détenteur ou possesseur précaire. Nous aurons à rechercher ultérieurement s'il y a là une contradiction et quelle est exactement la situation du gagiste du point de vue de la possession.

D. - *Mise en possession.* a) *Nécessité et rôle de la mise en possession.* - I. C'est là une des conditions essentielles de l'existence du contrat de gage.

L'article 2076 du Code civil exige pour la conservation du privilège du créancier gagiste que la chose donnée en gage ait été mise et soit restée en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties.

Le transfert de possession réalise en effet en matière de meubles une sorte de publicité, la seule possible pour des objets difficiles à identifier et n'ayant pas d'assiette fixe; d'autre part, il garantit le créancier gagiste contre toute tentative de détournement de la part du débiteur.

II. Mais ce n'est pas seulement dans le but d'avertir les tiers et notamment les autres créanciers de l'existence du gage, non plus que pour assurer l'efficacité du droit du gagiste que le transfert de possession est exigé.

Les termes employés par les articles 2071 et 2072 du Code civil indiquent très nettement que la remise de la chose est un élément du contrat nécessaire à son existence même entre les parties; c'est ce que l'on exprime en disant que le contrat de gage est un contrat réel.

Est-ce à dire que la simple promesse par un débiteur de constituer une chose en gage soit nulle et n'ait aucun effet même entre les parties? Personne ne le soutient et tout le monde reconnaît la validité de cette convention; mais cette convention, obligatoire entre parties n'est pas le contrat de gage et ne fait naître ni l'obligation de restituer à la charge du gagiste, puisqu'on ne peut restituer que ce que l'on a reçu ni le droit réel de gage à son profit. Elle pourrait simplement donner lieu en cas d'inexécution soit à des dommages intérêts à la charge du débiteur soit à la condamnation de celui-ci à fournir le gage sous peine d'astreinte.

III. Telles sont du moins les conséquences de la théorie classique des contrats réels qui fait de la remise de la chose un élément essentiel de ces contrats, les opposant ainsi tant aux contrats consensuels qui se forment par le simple consentement qu'aux contrats solennels qui requièrent en outre que le consentement des parties soit à peine de nullité constaté dans une forme extérieure déterminée par la loi, c'est-à-dire pratiquement en droit français par un acte notarié.

La théorie classique des contrats réels a été battue en brèche de deux côtés.

1° Elle a d'abord été contestée par Planiol à propos de la classification et des modes de formation des contrats, bien que dans d'autres parties de son ouvrage, concernant les contrats particuliers, cet auteur semble se rallier à la théorie classique et en emploie la terminologie.

C'est ainsi qu'à propos du contrat de gage, il écrit : « Le gage est un *contrat réel*; il se forme « re » comme disaient les Romains et *cela est encore vrai chez nous*. Tant qu'il n'y a pas eu remise de la chose, il peut y avoir une obligation légale ou conventionnelle de donner un gage; il n'y a pas encore gage. L'existence du gage *comme contrat* suppose donc la remise de la chose et comme c'est le contrat qui fait naître le droit réel, l'existence du droit réel de gage implique également cette remise » (*Traité élémentaire*, II, nº 2401).

Au contraire, à propos de la théorie générale des contrats, Planiol, après avoir exposé la théorie classique, présente les observations critiques suivantes :

« Il n'y a de véritables obligations conventionnelles que celles qui n'existeraient pas si les parties ne les avaient pas fait naître par un acte spécial de leur volonté. L'obligation de rendre qui pèse sur le dépositaire, l'emprunteur ou le gagiste n'est pas véritablement une obligation *conventionnelle*; elle naît *ex re*, c'est-à-dire du fait de la possession de la chose d'autrui et elle prendrait également naissance si cette chose était venue aux mains de son détenteur actuel sans le fait de son propriétaire. Elle préexiste logiquement au contrat et les parties n'ont pas besoin de la créer; elle n'est pas autre chose que l'obligation *légale* de rendre la chose d'autrui que sanctionne la revendication. » (*Traité élémentaire*, II, nº 996). Ainsi s'il fallait en croire l'éminent civiliste, l'obligation de restituer ne découlerait pas du contrat, mais de la loi ou plus exactement du fait juridique de la possession de la chose d'autrui; il n'y aurait donc pas à proprement parler de contrats réels.

Bien qu'en principe cette première partie soit purement descriptive et que nous nous réservions ultérieurement de faire œuvre personnelle tant critique que constructive, nous nous permettrons ici de présenter queques observations.

Tout d'abord si l'on admet cette théorie, le contrat de gage ne ferait naître en définitive aucune obligation, les obligations pouvant naître ultérieurement à la charge du constituant ne découlant pas du contrat, de l'aveu de Planiol lui-même mais du fait accidentel des dépenses faites par le créancier gagiste pour la conservation de la chose.

Ce ne serait donc pas un véritable contrat puisque par définition un contrat est une convention génératrice d'obligations; Planiol serait donc mal venu à nous dire que « le gage est un *contrat... productif d'obligations* » (*Traité élémentaire*, II, n° 2388) et à nous répéter quelques pages plus loin que c'est « une *convention créatrice d'obligations* » (II, n° 2440); le seul effet juridique en résultant serait le droit réel de gage; encore serait-il mal aisé d'expliquer dans ce cas, en présence du principe du transfert et de la création des droits réels par simple consentement admis en droit français, pourquoi ce droit réel exige non seulement pour être opposable aux tiers mais même entre parties, la mise en possession.

D'autre part, il faudrait admettre que l'action en restitution du débiteur une fois la dette payée doit présenter les caractères ordinaires de la revendication, c'est-à-dire que le débiteur devrait faire la preuve de son droit de propriété et que l'action ne serait transmissible contre les héritiers du créancier gagiste, en cas de décès de celui-ci, qu'au cas où ces héritiers seraient en possession de la chose; toutes conséquences qui sont repoussées par tout le monde et par Planiol tout le premier.

Il faudrait également admettre que le créancier gagiste n'aurait pas l'obligation de veiller à la conservation de la chose, qu'il ne serait tenu en cas de perte ou détérioration de la chose que de la même responsabilité qu'un possesseur quelconque de la chose d'autrui; c'est-à-dire d'une responsabilité délictuelle et non contractuelle.

Dire comme le fait Planiol, que ce sont là des différences de détail, tenant à ce que la remise de la chose a été volontaire de la part du propriétaire ou à une obligation spéciale de *custodia* contractée par le créancier, ce n'est rien expliquer du tout; car d'une part la remise volontaire ne peut être qu'un élément d'un acte juridique ou l'exécution d'une obligation qui en découle; la première hypothèse nous ramène à la théorie classique; la seconde nous conduit à la théorie dont nous allons parler tout à l'heure et que Planiol repousse; d'autre part, l'obligation de veiller à la conservation de la chose ne peut être que légale ou conventionnelle; si elle est légale, on ne voit pas pourquoi elle ne serait pas

imposée à tout possesseur de la chose d'autrui, puisque l'on ne tient aucun compte de la convention conclue entre les parties.

En réalité Planiol semble dans la comparaison qu'il fait entre la situation du gagiste (ou du dépositaire ou de l'emprunteur) tenu à restitution en vertu d'un contrat et celle du possesseur de la chose d'autrui, influencé par sa propre théorie du droit réel comportant de la part des tiers une obligation passive universelle; il n'est nullement exact de dire que la revendication sanctionne « l'obligation légale de rendre la chose d'autrui »; le possesseur de cette chose n'est en réalité tenu d'aucune « obligation » au sens proprement dit et technique de ce mot qui suppose comme contre partie l'existence d'un droit de créance au profit d'une personne envers qui le sujet passif de l'obligation est personnellement tenu d'un acte positif ou d'une abstention; il doit simplement comme tout tiers laisser s'exercer le droit réel du propriétaire; il n'y a entre lui et ce propriétaire aucun lien de droit; toute autre est la situation du gagiste qui est tenu envers le constituant d'une obligation *personnelle* ayant pour objet tant la restitution de la chose que sa conservation.

2° L'existence des contrats réels a été également contestée mais avec des arguments différents par d'autres auteurs, notamment par MM. Combescure (*Revue critique*, Octobre 1903), Guyot (*Une nouvelle conception de la théorie des contrats réels*, « Revue Générale », 1911, p. 152) et Plesmila (*Analyse critique de la théorie des contrats réels*, Thèse, Paris, 1910). D'après ces auteurs, les contrats réels reconnus par la théorie classique (prêt, dépôt et gage) seraient en réalité des contrats consensuels; la promesse de donner une chose en gage serait le contrat de gage lui-même et la remise de la chose ne serait que l'exécution de l'obligation du constituant de fournir le gage; quant à l'obligation de restituer la chose elle naîtrait du simple consentement tout en supposant pour pouvoir être exigée, à la fois la remise préalable de la chose et le paiement de la dette garantie. En outre, deux au moins de ces contrats, le gage et le prêt seraient d'après ces auteurs non unilatéraux mais synallagmatiques et feraient naître des obligations à la charge des deux parties : obligation de remettre la chose à la charge du constituant ou du prêteur;

obligation de restitution et de conservation à la charge du gagiste ou de l'emprunteur.

Comme le fait remarquer Plesmila (Thèse citée, p. 83), cette thèse est fortifiée par la comparaison de contrats qualifiés par la doctrine classique de contrats réels et unilatéraux avec le contrat de louage dont tout le monde reconnaît le caractère consensuel et synallagmatique.

Le grand argument des partisans du contrat réel est qu'il fait naître une obligation de restituer et que l'on ne peut être tenu de restituer que ce qui a été remis. Mais, fait observer Plesmila, le contrat de louage fait naître à la charge du locataire l'obligation de remettre les lieux loués en bon état au bailleur à la fin du contrat; cette obligation suppose nécessairement que le locataire a été mis en possession des lieux loués; cependant personne ne fait de cette mise en possession un élément du contrat.

En réalité d'après ces auteurs la théorie des contrats réels est une renaissance du Droit romain où le simple consentement était impuissant à produire des effets juridiques et à faire naître des obligations reconnues par la loi; elle serait sans raison d'être en Droit français.

En particulier, en ce qui concerne le contrat de gage, la remise de la chose ne serait pas un élément du contrat, mais d'une part l'exécution de l'obligation contractée par le constituant de fournir le gage, d'autre part une condition nécessaire pour rendre opposable aux tiers le droit du créancier, l'équivalent de l'inscription hypothécaire pour le droit d'hypothèque.

A ce sujet. Plesmila fait observer qu'il est difficile de voir dans l'obligation de restituer mise à la charge du gagiste, l'effet principal du contrat comme le voudrait la théorie classique des contrats réels. Dans le contrat de gage, écrit-il (op. cit., p. 98) « l'obligation principale n'est pas celle de restituer, celle-ci n'étant exécutée que lors du paiement ou de l'extinction de la dette, donc à la fin du contrat. Le contrat de gage a pour objet de conférer au gagiste un droit réel en vertu duquel il va obtenir le paiement de sa créance par préférence à d'autres créanciers. Comme le droit réel de gage porte sur une chose mobilière et comme à ce titre, il sera opposable aux tiers... *il a fallu obliger le constituant*

du gage à transférer la possession au gagiste. Jusqu'alors, le contrat de gage n'avait conféré qu'un droit réel; maintenant il y aura une petite complication résultant de la remise de la chose : la garde et la restitution de cette chose. Or c'est à raison de ce déplacement de possession que le contrat constitutif du droit réel de gage fait naître des rapports d'obligations entre les parties. Parmi ces obligations, *la principale est celle de mettre la chose en la possession du gagiste,* que la théorie classique ne considère pas de la sorte, mais en fait un élément de la formation du contrat. Et elle est la principale parce que c'est son exécution qui est l'acte capital dans l'opération; en effet une fois la remise faite, le gagiste aura sur la chose un droit opposable. »

Cette théorie apparaît au premier abord comme plus défendable que celle de Planiol. Tout au plus pourrait-on objecter à ces auteurs que dans leur comparaison avec le louage, ils ne tiennent pas compte de l'obligation contractée par le bailleur de maintenir le locataire en possession pendant la durée du bail, obligation qui n'existe pas dans les contrats réels et notamment dans le gage où le constituant est libéré par la remise de la chose entre les mains du créancier et n'est pas tenu de garantir à celui-ci la jouissance paisible de la chose, en sorte qu'il était impossible de ramener le louage au type du contrat réel admis par la théorie classique. Cette différence ne fait cependant qu'atténuer la portée de la comparaison sans la détruire complètement. Il est certain que cette comparaison réduit à néant l'argument que tire Planiol (loc. cit., n° 996, note 2) pour repousser cette théorie, de la non simultanéité des deux obligations dérivant des contrats considérés comme réels par la théorie classique et comme consensuels par MM. Combescure, Guyot et Plesmila, puisque dans le contrat de louage, il n'y a pas non plus simultanéité de toutes les obligations réciproques du locataire et du bailleur.

A la vérité le meilleur argument que l'on puisse donner contre cette théorie est qu'elle est incontestablement contraire aux textes du Code civil qui fixent très nettement la formation du contrat au moment de la remise de la chose, particulièrement dans le gage. Nous reviendrons d'ailleurs sur cette question lorsque dans notre seconde partie nous

nous efforcerons de préciser le rôle de la mise en possession dans le fonctionnement de l'institution du gage.

IV. - Notons ici que la Jurisprudence affirme nettement le caractère de contrat réel du contrat de gage et exige la remise de la chose pour l'existence du contrat même entre parties (Cass. civ., 18 mai 1898, D, 1900, 1, 481, Note Sarrut; S, 98, 1, 433, Note Lyon Caen); la Cour de cassation en tire cette conséquence que le débiteur lui-même peut se prévaloir de l'inexistence du contrat de gage provenant du défaut de mise en possession pour obtenir que la chose grevée du gage soit considérée comme le gage commun de tous ses créanciers même chirographaires et non comme le gage exclusif du créancier gagiste (V. l'arrêt cité). Cette solution est critiquée par M. Lyon Caen (note citée au S, 98, 1, 433); d'après lui, le contrat de gage même non suivi de la remise de la chose devrait valoir au moins entre parties comme promesse de gage, obligatoire pour le débiteur et empêcher celui-ci de se prévaloir vis-à-vis du créancier, du défaut de possession, en vertu du principe : « Qui doit garantie, ne peut évincer » (V. en sens contraire, note Sarrut au D, 00, 1, 481, approuvant l'arrêt).

Sur un point particulier relatif, il est vrai au droit commercial, mais qui peut s'appliquer aussi bien à un gage constitué pour garantie d'une dette civile qu'à un gage commercial proprement dit, la Jurisprudence a consacré une solution qui semble quelque peu en contradiction avec la théorie de contrat réel.

On sait qu'en cas de faillite, l'article 446 du Code de commerce déclare « nuls et sans effet relativement à la masse, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le Tribunal comme étant celle de la cessation de ses payements ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque... tous droits d'antichrèse ou de nantissement *constitués* sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées. » Un contrat de gage conclu avant la période suspecte mais dans lequel la mise en possession n'aura eu lieu que pendant cette période doit-il être considéré comme nul ?.

Normalement ce nantissement devrait être déclaré nul puisque le contrat de gage et le droit de gage n'ont d'existence

dans la théorie du contrat réel que du jour de la remise de la chose. Or la Jurisprudence le déclare valable, pourvu que l'accord de volontés soit intervenu en temps non suspect (Cass. civ., 2, janvier 1886, D, 86, 1, 406) S, 86, 1, 305; Cass. civ., 16 nov. 1896, D, 97, 1, 47, S, 98, 1, 6; et sur renvoi, 15 juin 1897, S, 9, Trib., 25 juillet 1897; Lyon Caen et Renault, VII, S, 75).

On justifie cette solution en disant que l'accord de volontés vaut au moins comme promesse de gage et que la remise de la chose qui n'en est que l'exécution doit être considérée comme constituant pour le débiteur le paiement d'une dette échue, valable d'après l'article 447 du Code de commerce.

Il n'en est pas moins vrai qu'elle paraît au premier abord peu conciliable avec la doctrine consacrée par l'arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 1898.

b) *Comment s'effectue la mise en possession du créancier gagiste*?. — Il faut, pour la déterminer tenir compte du rôle que joue ce transfert de possession vis-à-vis des tiers; ceux-ci sont en quelque sorte informés par cette dépossession que la chose donnée en gage n'est plus dans le patrimoine du débiteur ou tout au moins que celui-ci n'est plus libre d'en disposer. La possession du gagiste doit donc être apparente et permanente de façon à ce qu'une sorte de publicité soit faite autour de la constitution de gage et que le crédit soit protégé. La loi n'ayant pas défini de façon précise les éléments nécessaires pour la notoriété de la mise en possession, « celle-ci dépend par la nature même des choses de circonstances variables et complexes dont l'appréciation appartient souverainement aux juges du fond » (Cass., 29 décembre 1875, S, 76, 1, 109; D, 76, 1, 219).

En principe on admet en général que la remise du gage s'effectue par un procédé imité des modes de transfert de la propriété. Pour les choses corporelles qui seules nous intéressent ici, la remise se fait par une simple tradition matérielle. Cette tradition est effectuée soit entre les mains du créancier soit aux mains d'un tiers convenu entre les parties (art. 2076 du Code civil).

Si le créancier gagiste détient déjà la chose à un autre titre, à titre de dépôt, par exemple, la simple convention suffit-elle pour intervertir la possession du gagiste? C'était

l'avis de Pothier (*Nantissement*, XI, p. 211, n° 8 et c'est celui de la majorité de la doctrine moderne. Cependant Laurent (XXVIII, n° 475, p. 467), qui semble seul de son avis, trouve que ce procédé ne permet pas d'avertir les tiers du changement survenu dans la qualité du possesseur.

Lorsque la mise en possession a lieu par l'intermédiaire d'un tiers convenu, la Jurisprudence exige tout au moins quand ce tiers détenait déjà la chose donnée en gage, à un autre titre, l'acceptation formelle du tiers de la mission qui lui est ainsi confiée et déclare insuffisante la notification qui lui est faite à cet effet par les parties (Cass. civ., 3 août 1896, S, 97, 1, 85).

La doctrine et la jurisprudence semblent divisées sur la question de savoir si la remise par le débiteur au créancier des clefs du bâtiment dans lequel sont enfermés les objets donnés en gage opère un transfert de possession d'une notoriété suffisante. La majorité de la doctrine et de la jurisprudence (V. notamment Bordeaux, 26 mai 1873, D, 76, 2, 23; Cass. Req. 23 Mai 1927, Gazette du Palais 27, 2, 331) sont en ce sens. Il semble bien que ce soit une question de fait à trancher dans chaque espèce suivant les circonstances particulières qui peuvent créer ou non une équivoque dans l'esprit des tiers.

Il en est de même du transfert de possession s'opérant par l'apposition d'une marque du créancier sur les objets donnés en gage (V. sur ce point, en sens divers, Hue, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, XII, n° 374, p. 435 et Guillouard, *Traité du nantissement*, n° 96, p. 107).

La tradition peut aussi s'opérer par la remise au créancier d'un titre représentatif de la chose ou de sa valeur; c'est le cas des warrants et du connaissement dans le crédit documentaire, toutes institutions que nous retrouverons ultérieurement.

E. - *Exigence d'un écrit.* — Les articles 2075 et 2076 du Code civil exigent pour la preuve du contrat à l'égard des tiers la rédaction d'un acte écrit authentique ou sous seings privés enregistré en matière excédant la valeur de cinq cents francs lorsqu'il s'agit de meubles corporels et quelle que soit la somme lorsqu'il s'agit de meubles incor-

porels. Nous n'insisterons pas sur cette disposition purement réglementaire en notant simplement que cette condition n'est pas exigée entre parties et qu'elle ne s'applique pas au gage commercial, ainsi que nous le verrons plus loin.

Section II.

Droits et obligations du créancier gagiste et du constituant.

Nous savons déjà que l'effet principal qui s'attache au contrat de gage est de faire naître au profit du créancier un droit réel sur la chose ou plus exactement sur sa valeur complété par le droit de conserver la possession de la chose donnée en gage jusqu'au paiement ou droit de rétention.

D'autre part le créancier gagiste et le constituant sont ou peuvent être tenus l'un envers l'autre de certaines obligations.

Nous examinerons successivement dans trois paragraphes : 1° Les droits du créancier sur la chose donnée en gage; 2° Les obligations du créancier gagiste; 3° Les obligations éventuelles du constituant.

§ 1. *Droits du créancier sur la chose.* — Nous examinerons successivement ces droits avant la réalisation du gage et lors de cette réalisation. Chemin faisant, nous présenterons quelques observations sur la nature de ces droits nous réservant de les compléter ultérieurement.

A. - *Droits du gagiste avant la réalisation du gage.* — I. - Jusqu'à l'exigibilité de la créance, le créancier a seulement le droit de détenir l'objet qui lui a été remis et de ne pas s'en dessaisir avant d'avoir été payé, (art. 2082 C. civ.), sans pouvoir d'ailleurs en principe jouir de la chose et en retirer les utilités qu'elle comporte. Pendant cette période, le créancier gagiste n'a sur la chose qu'un droit de rétention.

On sait que le droit de rétention est le droit qui appartient à un créancier de ne pas se dessaisir d'une chose appartenant à un débiteur et dont il a la possession ou tout au moins

la détention avant d'être payé de sa créance. Ce droit appartient non seulement au gagiste et à l'antichrésiste mais encore d'après la Jurisprudence, à tout créancier dont la créance est en corrélation avec la chose qu'il détient.

Certains auteurs, par exemple Planiol, semblent voir dans le droit de rétention du gagiste un simple effet du droit réel que le créancier a acquis sur la chose, ce droit réel étant défini comme un droit consistant à pouvoir détenir la chose d'autrui en vue de lui permettre de disposer de la chose pour en appliquer le prix à l'extinction de la créance (Planiol, *Traité élémentaire*, II, n° 2429). D'autres comme Baudry-Lacantinerie et ses collaborateurs semblent y voir un droit différent du droit réel proprement dit et s'apparentant au droit de rétention ordinaire.

Quoiqu'il en soit pour l'instant, ce droit permet au créancier de conserver la possession de la chose jusqu'au payement de sa créance et de repousser ainsi tant l'action en revendication que l'action contractuelle en restitution du débiteur.

Ce droit est-il opposable aux tiers? La doctrine et la Jurisprudence sont divisées à ce sujet. Il est évident que si ce droit est un effet du droit réel, il sera opposable aux tiers dans les mêmes conditions que celui-ci. La question se pose au contraire pour les auteurs qui voient dans ce droit, un droit distinct du droit réel.

Pour Baudry-Lacantinerie (*Précis*, II, n° 1317), le droit de rétention de gagiste, comme d'ailleurs le droit de rétention en général, est un droit personnel dont le créancier ne peut se prévaloir qu'à l'encontre du débiteur.

Les arguments qu'il invoque en ce qui concerne le gagiste sont d'abord des arguments de texte : l'article 2082 qui traite du droit de rétention dit que « le débiteur » ne pourra pas réclamer la restitution du gage tant que la créance ne sera pas payée; il ne fait pas mention des tiers; de plus cet article est placé à la suite des articles qui traitent des obligations personnelles des parties, alors que les articles 2074 et 2076 qui traitent des droits des créancier vis-à-vis des tiers ne parlent que du privilège et non du droit de rétention. Il résulte des articles 609 et 661 du Code de procédure civile que le bailleur qui a sur les meubles de son locataire un droit de gage tacite ne peut empêcher la saisie et la vente de ces meubles

mais doit faire opposition sur le prix de cette vente, en vue d'être payé par privilège sur le prix. Enfin la loi n'a prescrit pour le droit de rétention aucune des mesures destinées à garantir les tiers qu'elle a imposé pour l'acquisition du privilège; et, ceux-ci, si le droit de rétention leur est opposable peuvent ausssi bien être lésés par lui que par l'exercice du privilège.

La Jurisprudence semble s'être ralliée à cette manière de voir et avoir consacré la non opposabilité aux tiers du droit de rétention du gagiste par un jugement du Tribunal de Mont-de-Marsan du 28 juillet 1891 confirmé par la Cour d'appel de Pau (Arrêt Cabrol, du 28 mars 1892, S, 93, 2, 225; D, 94, 2, 419). Un nommé Lalanne s'était rendu adjudicataire de pins dans une forêt domaniale et avait donné en nantissement à un de ses créanciers, Cabrol, les arbres et le matériel d'exploitation. L'administration des Domaines, qui n'avait pas été payée du prix par Lalanne délivra contre lui une contrainte et fit saisir les pins et le matériel d'exploitation. Cabrol, en sa qualité de créancier gagiste, fit opposition à la vente des arbres saisis, en invoquant le droit de rétention que lui donnait l'article 2082 du Code civil.

Cabrol fut débouté : « Attendu, dit le jugement, que le droit de rétention concerne uniquement les rapports du créancier et du débiteur; que cela résulte des termes même employés par le législateur dans l'article 2082; Attendu par suite que ce droit est étranger aux tiers; qu'il ne leur est pas opposable par le créancier gagiste... ».

Remarquons que cette solution ne semble avoir été admise par la Jurisprudence qu'à raison du texte de l'article 2082 du Code civil, ce qui explique qu'elle soit restreinte au cas du gagiste. En effet dans les autres cas où le droit de rétention existe si l'on peut dire à l'état pur au profit d'un créancier qui n'a pas de droit de gage, la Jurisprudence permet au détenteur d'opposer son droit aux tiers (Cass., 13 mai 1861, S, 61, 1, 865; Trib. Rouen, 11 févr., 1870, S, 70, 2, 333; Toulouse (sol. implicite) 29 décembre 1913, S, 15, 2, 22; Douai, 25 novembre 1921 (arrêt A. Motte et Cie), S, 22, 2, 25). Elle l'autorise constamment contre la masse des créanciers en cas de faillite du débiteur (Cass., 10 décembre 1850, S, 50, 1, 243; Trib. Seine, 29 mai 1900,

Le Droit, 21 juillet 1901; Trib. comm. Nantes, 26 mars 1920, S, 21, 2, 32 ;Paris, 7 janvier 1927, S, 27, 2, 37; Hommel, *Le droit de rétention, essai d'une théorie en Droit français*, 1928, p. 83-84).

Baudry-Lacantinerie (*Précis* II, n° 1317) remarque que la question de l'opposabilité aux tiers du droit de rétention n'offre d'intérêt pour le gagiste que dans le cas où il n'a pas acquis en même temps le privilège, par exemple lorsque le contrat n'a pas été constaté par écrit ou que cet écrit n'a pas date certaine; dans les autres cas en effet, le créancier est protégé vis-à-vis des tiers par son droit réel de gage.

II. - L'article 2082, alinéa 2 permet au créancier gagiste d'exercer le droit de rétention pour garantir une créance que le contrat de gage n'a pas eu pour but de garantir et qui est née postérieurement à la mise en gage, mais qui est venue à échéance avant que la créance garantie n'ait été payée.

Certains auteurs expliquaient autrefois cette disposition par l'idée d'une constitution de gage tacite qui appliquait à la dette nouvelle le bénéfice du contrat de gage destiné à garantir la dette antérieure. Mais tout le monde semble aujourd'hui reconnaître que le créancier n'a pas pour la garantie de cette seconde dette un véritable droit réel de gage mais un simple droit de rétention ordinaire (V. 2e partie, Chap. III, Sect. III, § 2, A).

III. - L article 2079 du Code civil dit que le bien donné en gage n'est dans la main du créancier, qu'un dépôt assurant le privilège de celui-ci. « Tout le monde est d'accord pour reconnaître que cette assimilation entre deux contrats très différents l'un de l'autre a simplement pour but d'indiquer que le gagiste ne peut en principe ni se servir de la chose pour son usage personnel, ni en percevoir les fruits pour son compte lorsqu'elle est frugifère.

On en déduit aussi que de même que le dépositaire (art. 2236 C. civ.), le gagiste n'a pas la possession véritable et possède pour le compte du propriétaire en qualité de détenteur ou possesseur précaire; nous avons vu cependant qu'à certains égards la Jurisprudence lui reconnaît la qualité de possesseur; comme nous l'avons déjà indiqué, nous retrouverons cette question ultérieurement.

Notons enfin que l'article 2082, alinéa 1 prévoit que le

débiteur pourra demander, même avant le paiement de la dette, la restitution du gage « si le créancier en abuse » c'est-à-dire s'il se sert de la chose dans son intérêt personnel ou se rend coupable de négligence grave susceptible d'en entraîner la perte ou la détérioration.

B. - *Droits du gagiste lors de la réalisation du gage.*— I.- Nous savons déjà que l'effet principal attaché par la loi du contrat de gage est le droit réel du gage qui affecte d'une manière directe et spéciale à la garantie d'une créance la valeur de la chose donnée en gage. Nous savons également que tous les auteurs sont d'accord pour voir dans ce droit un droit réel de garantie ou du second degré. Remarquons cependant qu'à l'encontre de l'hypothèque (art. 2114 C. civ.) le droit de gage n'est nulle part qualifié de droit réel par le Code.

Au contraire, tant dans les articles 2073 et suivants que dans l'article 2102, le Code civil qualifie à diverses reprises, le droit de gage de privilège. Cette expression est employée dans les articles 2073, 2074, 2075, 2076 et 2079 qui font partie du Chapitre I consacré au gage du Titre XVII, du Livre III. Il faut remarquer à ce sujet que dans le second chapitre du même titre consacré à l'antichrèse, forme immobilière du nantissement, le Code civil n'emploie nullement le terme de privilège à propos du droit de l'antichrésiste. De plus, le Code en énumérant dans l'article 2102 au titre « Des Privilèges et Hypothèques », les privilèges mobiliers spéciaux, cite : 1° le privilège du bailleur (qui repose sur une idée de gage, comme nous le verrons plus loin); 2° le privilège du créancier gagiste.

Cependant, malgré ces affirmations répétées, une partie importante de la doctrine conteste cette affirmation et déclare que le droit réel de gage ne constitue pas un privilège parce qu'il naît de la convention des parties et que le véritable privilège ne peut être accordé que par la loi, à raison de la qualité de la créance. Nous nous bornons ici à signaler cette discussion que nous retrouverons dans notre seconde partie.

II. - En tous cas, personne ne conteste que le droit de gage a essentiellement pour but de permettre au créancier de disposer de la chose ou plus exactement de la faire vendre

pour en appliquer le prix à l'extinction de sa créance par préférence aux autres créanciers.

Le créancier doit en principe faire vendre la chose aux enchères après avoir obtenu l'autorisation du Tribunal (art. 2078 C. civ.); il peut aussi demander au Tribunal d'ordonner que l'objet du gage lui demeurera en payement jusqu'à due concurrence d'après une estimation faite par experts.

Il ne peut en aucun cas stipuler dans le contrat de gage qu'à défaut de payement de la créance à l'échéance, il deviendra de plein droit propriétaire de la chose; cette clause appelée « pacte commissoire » est frappée de nullité par l'article 2078; il en est de même de celle dite « de voie parée » par laquelle le créancier serait autorisé à disposer à l'amiable de la chose sans recourir à la vente judiciaire.

La nullité n'atteint ces conventions que lorsqu'elles sont contemporaines de la constitution du gage; on admet qu'elles sont valables lorsqu'elles interviennent postérieurement au contrat primitif parce que le débiteur n'est plus alors sous la dépendance du créancier (Cass., 17 octobre 1906, D, 07, 1, 79; S, 11, 1, 572).

Les prohibitions légales sont destinées à la fois à protéger le débiteur contre les usuriers qui seraient tentés d'abuser de ses besoins d'argent pour s'approprier de cette façon des biens dont la valeur dépasserait considérablement le montant du prêt, et à prévenir les collusions frauduleuses dont pourraient être victimes les autres créanciers.

Les dispositions légales peuvent d'ailleurs être tournées par le moyen d'une vente à réméré, la somme prêtée étant censée représenter le prix de la chose dont le prêteur devient immédiatement propriétaire en s'engageant simplement à la revendre au débiteur dans un certain délai. Si ce délai expire sans que le débiteur ait pu racheter la chose, le prêteur qui est censé l'avoir acquise, en demeure définitivement propriétaire. Cette vente à réméré fictive qui dissimule ainsi un contrat de prêt sur gage a reçu le nom de contrat pignoratif. Il est hors de doute que lorsque la simulation est établie et l'intention de tourner la loi non douteuse, ce contrat sera frappé de nullité.

III. - Le droit de gage, en tant que droit réel comporte à la fois un droit de préférence et un droit de suite.

En ce qui concerne le gage, le *droit de préférence* qualifié par la loi de privilège s'exerce pleinement tant du moins que le gagiste reste en possession de la chose. Au contraire le droit de suite subit certaines restrictions à raison de la nature mobilière de la chose donnée en gage.

1° Ainsi que nous le verrons ultérieurement le *droit de préférence* du gagiste n'est pas uniquement la conséquence de son droit réel; sans anticiper sur nos explications ultérieures relatives à la notion de privilège, nous devons noter ici que le gagiste à raison de son privilège, prime non seulement les créanciers chirographaires mais encore certains créanciers privilégiés comme le vendeur d'effets mobiliers non payés ou le conservateur de la chose à moins pour ce dernier que les frais de conservation ait été faits postérieurement à la constitution du gage, auquel cas il primerait le gagiste car il aurait dans une certaine mesure contribué à lui conserver sa garantie en en sauvegardant la valeur.

Le créancier gagiste serait cependant primé par le vendeur s'il était de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il connaissait au moment de la constitution du gage l'existence du privilège de celui-ci; on s'accorde à reconnaître que l'article 2102, 4° fait application de ces principes en décidant que le privilège du vendeur ne s'exerce qu'après le privilège du bailleur muni d'un droit de gage tacite ou légal, à moins que celui-ci n'ait su que les meubles de son locataire ne lui appartenaient pas ou n'ayant pas été payés se trouvaient encore soumis au privilège du vendeur.

Le créancier gagiste peut encore se trouver en conflit avec les créanciers ayant des privilèges généraux et énumérés dans l'article 2101 du Code civil; une jurisprudence constante depuis l'Arrêt Poullain du 20 mars 1849 (D, 49, 1, 250; S, 50, 1, 106) décide que sauf pour les frais de justice, les privilèges généraux sont primés par les privilèges spéciaux, y compris celui du gagiste, sur le fondement de la règle *Generi per speciem derogatur.* Planiol (*Traité élémentaire*, II, n° 2634) explique autrement cette préférence accordée aux privilèges spéciaux en disant que ceux-ci dérivent de sûretés réelles ou de droits de rétention opposables aux tiers

et ont nécessairement la priorité sur les privilèges généraux qui n'ont jamais été que des *privilegia inter personnales actiones* c'est-à-dire des actions chirographaires dotées d'un rang de faveur. Sans nous prononcer ici sur la nature du privilège en général, question que nous retrouverons dans notre seconde partie, faisons remarquer que cette explication est très contestable en présence de l'article 2105 qui fait prévaloir les privilèges généraux sur les privilèges immobiliers spéciaux ou hypothèques privilégiées qui priment eux mêmes les hypothèques, lesquelles sont incontestablement des sûretés réelles.

Notons enfin que le privilège du créancier gagiste est primé par le privilège du Trésor public pour le recouvrement de l'impôt sur les bénéfices de guerre (Lyon, 7 décembre 1923, D. H., 24, p. 16; Thibault, *Le privilège du Trésor public sur les objets remis en gage*, 1925).

Le droit de préférence du gagiste s'exerce ordinairement sur le prix de la chose lorsqu'elle est mise en vente à sa requête ou à la requête d'un autre créancier.

Accidentellement, le droit de préférence peut s'exercer sur une somme payée par un tiers à titre d'indemnité quand la chose a péri dans certaines conditons. Il y a alors subrogation réelle, l'indemnité étant considérée comme la représentation de la chose ou tout au moins de sa valeur.

Cette solution est généralement admise en matière d'indemnités de responsabilité dues par un tiers à raison d'une faute commise par lui et qui a entraîné la perte ou la détérioration de la chose. Elle a été consacrée par l'article 3, alinéa 1er de la loi du 19 février 1889 pour les indemnités dues en cas d'incendie, par le locataire ou le voisin en vertu des articles 1733 et 1382 du Code civil. On admet généralement aujourd'hui qu'il faut étendre cette solution à toutes les indemnités dues en vertu de l'article 1382 ; en effet la faute sur laquelle est basée le droit à indemnité a porté préjudice non seulement au débiteur propriétaire de la chose, mais encore au créancier gagiste puisqu'elle a causé la perte ou la détérioration de son gage; l'auteur du dommage doit donc être considéré comme engagé personnellement par sa faute envers le créancier lui-même.

La loi du 19 février 1889 décide de même dans son article 2 que les indemnités dues par suite d'assurances sont attribuées aux créanciers privilégiés ou hypothécaires suivant leur rang; les indemnités dues en vertu d'une police d'assurances concernant la chose donnée en gage sont donc en vertu de cette loi subrogées le cas échéant au prix et le créancier gagiste peut exercer son droit de préférence sur cette indemnité.

Certains auteurs, tel Planiol (*Traité élémentaire*, II, n° 3451) expliquent l'attribution de l'indemnité d'assurance par l'idée d'une délégation tacite sous entendue par le législateur, le débiteur étant censé avoir cédé au créancier ses droits à l'indemnité; la raison qu'ils en donnent est que l'indemnité ne serait pas la représentation de la chose mais la contre partie aléatoire des primes versées par l'assuré et que l'action en indemnité naissant d'un contrat ne peut appartenir en propre qu'à l'assuré seul partie au contrat; en conséquence le créancier ne pourrait y prétendre qu'en vertu d'une cession de créance expresse ou tacite. Nous pensons pour notre part qu'il est inutile de faire intervenir en l'espèce la fiction d'une délégation tacite et que nous nous trouvons ici en présence d'un cas d'application de l'institution juridique de la subrogation réelle. Nous n'insisterons pas sur ce point car l'étude détaillée de cette question mettrait en jeu non seulement la notion de subrogation réelle mais encore celle du contrat d'assurances et déborderait le cadre que nous nous sommes tracés. (V. sur la notion de subrogation réelle, J. Bonnecase, *Précis de Droit civil*, III, p. 5 et s.; n^{os} 3 et s.; Henry, *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*, Thèse, Nancy, 1913).

La loi ne semble pas avoir prévu le concours de plusieurs créanciers gagistes sur le même bien comme elle a réglé entre eux, le rang des créanciers hypothécaires; en fait ce concours sera rare à raison de la nécessité de la mise en possession du créancier gagiste; il faut supposer que la chose se trouve entre les mains d'un tiers convenu ou que l'un des créanciers a accepté de détenir la chose non seulement pour son propre compte mais aussi pour le compte d'autres créanciers gagistes. D'après Planiol (*Traité élémentaire*, II, n° 2437) il faudrait appliquer au gage la maxime : « *Prior tempore, potior*

jure applicable aux hypothèques et régler le rang des créanciers gagistes d'après la date des constitutions de gage, les créanciers antérieurs étant payés par préférence à ceux dont les droits sont nés postérieurement.

Cependant, le concours de plusieurs gagistes supposant nécessairement l'intervention d'un tiers convenu, il semble bien que ce soit non la date des contrats de gage mais celle à laquelle le tiers a accepté de détenir le gage pour le compte de chacun des créanciers qui doive être prise en considération pour régler l'ordre de préférence entre les gagistes. Il ne faut pas oublier en effet que vis-à-vis des tiers la mise en possession constitue un élément de publicité et que jusqu'à la remise du gage entre les mains du créancier ou du tiers convenu, le droit réel de gage n'existe pas ou du moins n'est pas opposable aux tiers. Or, comme nous l'avons vu ci-dessus, lorsque le tiers convenu détient déjà la chose donnée en gage à un autre titre, la Cour de cassation subordonne la mise en possession du créancier à l'acceptation par le tiers convenu de cette qualité. Cependant, lorsque le tiers est désigné par la loi comme devant nécessairement remplir cete qualité et ne pouvant refuser de détenir pour le compte du créancier gagiste, la date de la mise en possession sera celle où le tiers aura été avisé de la constitution de gage; c'est ainsi que s'expliquent les dispositions légales qui règlent le rang des porteurs de warrants pour les marchandises déposées dans les Magasins Généraux, dispositions que nous retrouverons plus loin.

2° Le droit réel de gage confère au créancier non seulement un droit de préférence mais encore un *droit de suite*. A ce sujet, nous croyons utile de faire une distinction que la doctrine semble avoir omise et qui nous paraît cependant importante.

En principe, le droit de suite du titulaire d'un droit réel de garantie se résume en ceci que le débiteur ne peut aliéner la chose que sous réserve du droit réel de garantie et que le titulaire de ce droit pourra l'exercer à l'encontre du nouveau propriétaire en cas d'aliénation, en sorte que l'affectation de la valeur de la chose au paiement de la créance suit cette chose à travers les transferts de propriété successifs dont elle est l'objet. C'est ainsi que l'on entend le droit de suite du

créancier hypothécaire et nous savons que l'hypothèque est le type des droits réels de garantie. Or ce droit de suite existe aussi complètement au profit du créancier gagiste que du créancier hypothécaire.

En effet, le gage pas plus que l'hypothèque n'empêche le débiteur d'aliéner la chose qui reste sa propriété; mais tant qu'il reste en possession du gage, le créancier gagiste peut exercer son droit à l'encontre de l'acquéreur bien que celui-ci ne soit pas personnellement son débiteur. Il s'agit bien d'un véritable droit de suite puisque le droit de gage continue à grever la chose bien qu'elle ait changé de propriétaire.

Ce n'est point cependant en ce sens qu'on entend généralement le droit de suite en matière de gage; on se demande si le gagiste qui a perdu la possession de la chose peut la recouvrer entre les mains du nouveau détenteur; par là le droit de suite du gagiste s'apparente davantage au droit de suite du titulaire d'un droit réel principal, du propriétaire par exemple, qu'au droit de suite du créancier hypothécaire, bien que celui-ci puisse éventuellement s'exercer contre un possesseur ou détenteur aussi bien que contre un propriétaire. Comme nous le verrons par la suite, ce que l'on appelle droit de suite en matière de droit réel principal se ramène à la possibilité pour le titulaire de faire prévaloir son droit contre un état de fait contraire et il est inexact de parler à ce sujet de droit de suite.

Il est incontestable qu'en principe tout titulaire d'un droit réel qu'il s'agisse d'un droit réel principal ou d'un droit réel de garantie, pouvant opposer son droit aux tiers, aura la faculté de le faire respecter à l'encontre de ceux qui, en fait, y porteraient atteinte. Il aura donc le droit de réclamer le cas échéant, la chose au possesseur ou au détenteur qui n'ont acquis sur elle aucun pouvoir juridique et de reprendre la chose soit s'il s'agit d'un droit réel principal pour en retirer les utilités qu'elle comporte soit s'il s'agit d'un droit réel de garantie pour réaliser sa valeur pécuniaire et se faire payer sur le prix. Ce droit appartient au créancier gagiste comme au propriétaire ou au créancier hypothécaire; mais le droit de suite ainsi entendu subit en matière mobilière une importante restriction du fait de la règle « En fait de meubles, possession vaut titre » et de l'article 2279

du Code civil. Par application de cette règle le possesseur de bonne foi d'un meuble pourra repousser aussi bien la revendication du gagiste que celle du propriétaire, car la loi dans cette hypothèse fait fléchir le droit devant le fait ou plus exactement identifie sous certaines conditions le droit et le fait, comme elle le fait en matière immobilière en cas de prescription acquise par quelqu'un qui n'a pas acquis régulièrement la propriété d'un immeuble ou se trouve dans l'impossibllité de prouver cette acquisition.

Par contre le gagiste comme le propriétaire d'une chose mobilière conserve la revendication pendant trois ans en cas de perte ou de vol, à charge au cas où il se trouvera en présence d'un tiers de bonne foi ayant acheté le meuble dans les conditions prévues par l'article 2280, de lui en rembourser le prix (art. 2279, al. 2 et 2280 C. civ.). En outre il conserve également la revendication contre un possesseur de mauvaise foi, qui aurait connu l'existence du gage lors de sa prise de possession.

En dehors de ces principes généraux, la loi a organisé pour le bailleur d'immeubles un droit de suite spécial que nous retrouverons plus loin.

§ 2. *Obligations du créancier gagiste.* — Nous savons déjà que le contrat de gage engendre non seulement un droit réel, mais encore des obligations et qu'étant un contrat unilatéral, ces obligations sont en principe à la charge du gagiste seul.

Tant qu'il détient la chose donnée en gage, le créancier est tenu de veiller à sa conservation et de la garder en bon état; étant tenu d'une responsabilité contractuelle, il est tenu, en l'absence de dispositions dérogeant pour le contrat de gage au principe général établi par l'article 1137 du Code civil, d'apporter à cette conservation, tous les soins d'un « bon père de famille » c'est-à-dire d'un administrateur diligent et soigneux; pour employer l'ancienne terminologie, il sera donc tenu de sa *culpa levis in abstracto.*

Nous avons déjà indiqué qu'en cas d'abus de sa part, il peut se voir obligé de restituer le gage même avant le payement de la dette, sans préjudice des dommages-intérêts

qu'il peut devoir au débiteur à raison de la perte ou de la détérioration de la chose.

Enfin il est tenu de restituer la chose lorsqu'il a été payé, cette obligation de restitution étant considérée par la théorie classique comme la principale dérivant du contrat,

Toutefois le droit de gage étant indivisible, le créancier n'est tenu à restitution que lorsqu'il a été entièrement payé; c'est pourquoi l'article 2083 stipule qu'en cas de décès du débiteur et de fractionnement de la dette entre les héritiers, l'héritier qui a payé sa portion de la dette ne peut demander la restitution de sa portion dans le gage tant que la dette n'est pas entièrement payée.

Inversement en cas de décès du créancier, un héritier qui a reçu sa portion de dette ne peut remettre le gage au préjudice de ses cohéritiers non payés.

§ 3. *Obligations éventuelles du constituant.* — Aux termes de l'article 2080, alinéa 2 du Code civil, le constituant est tenu de rembourser au gagiste « les dépenses utiles et même nécessaires que celui-ci a faites pour la conservation de gage ».

Ainsi que nous le savons déjà, cette obligation provient non du contrat lui-même mais du fait même des dépenses qui à raison de leur caractère sont prises en considération par la loi et dont elle fait découler l'obligation de remboursement. Cette obligation a donc pour source immédiate un fait juridique et non l'acte juridique qu'est le contrat de gage.

Remarquons d'ailleurs qu'en sanctionnant cette obligation, la loi ne fait que traduire les données des sources réelles des règles de droit dont la Jurisprudence a fait l'application en dehors des textes sous la forme de la notion d'« enrichissement sans cause » ou action *de in rem verso*.

Remarquons également que pour garantir cette créance, le créancier a à la fois un droit de rétention tant d'après la théorie consacrée par la Jurisprudence du *debitum cum re junctum* que d'après la théorie plus large que nous exposerons ultérieurement au sujet du domaine d'application du droit de rétention et le privilège accordé au conservateur de la chose par l'article 2102, 3° du Code civil.

Section III.

Du gage tacite.

En principe le droit de gage suppose une convention expresse par laquelle certains biens ou valeurs sont affectés à la garantie du créancier. Cependant dans certains cas où aucun contrat de gage n'a été conclu entre les parties, un créancier qui se trouve en possession de certains meubles appartenant à son débiteur se voit attribuer par la loi un privilège sur ces meubles.

Traditionnellement ces privilèges sont considérés comme se rattachant à une idée de gage. Le plus souvent les auteurs expliquent ces privilèges par l'idée d'une convention de gage sous entendue qui serait censée résulter d'un usage tellement général que les parties n'auraient pas besoin d'exprimer de façon expresse leurs intentions.

On se trouverait donc en présence d'un contrat de gage tacite ou présumé (V. sur cette conception, infra 2e partie, Chap. I, Sect. II, § 1).

Cette théorie que le Code ne consacre par aucune affirmation expresse semble admise par la quasi unanimité de la doctrine et paraît conforme à la tradition car telle était l'explication que donnaient du privilège du bailleur, par exemple, les auteurs de notre ancien droit.

Elle n'en est pas moins contestable comme toutes celles qui font intervenir l'idée de fiction; il est très difficile d'admettre qu'on puisse en l'espèce supposer chez les parties une intention qui en fait n'existe pas le plus souvent.

Aussi a-t-on donné ainsi que nous le verrons par la suite une autre explication des cas dits de gage tacite; ces droits seraient créés par la loi elle-même sans que la volonté des parties ait à intervenir; les prétendus gages tacites ne seraient autre chose que des gages légaux, comparables aux hypothèques légales (Becqué, *Traité de Droit civil et Planiol et Ripert*, XII, *Sûretés réelles*, p. 141, note 1; v. infra p. 241).

A notre avis cette théorie plus exacte que la théorie traditionnelle demande à être complétée et précisée à l'aide de la distinction de l'acte juridique et du fait juridique.

En réalité, la loi est la source médiate de toutes les obligations conventionnelles ou non et de tous les droits réels; seulement elle n'engendre une situation juridique concrète que sur la base soit d'un acte juridique, c'est-à-dire d'une manifestation de volonté accomplie par une ou plusieurs personnes avec l'intention d'engendrer des effets de droit, soit d'un fait juridique, c'est-à-dire d'un fait matériel ou d'un acte volontaire accompli sans intention d'engendrer des effets juridiques dont la loi fait dépendre l'application de certaines règles créatrices de situations juridiques.

Dès lors, sous réserves des explications plus détaillées que nous fournirons dans notre seconde partie, il est aisé de comprendre que le prétendu gage tacite ou légal naît immédiatement de la loi et médiatement du fait juridique que constitue la possession par un créancier d'un meuble de son débiteur dans certaines conditions.

Nous n'insisterons pas davantage pour l'instant sur ce point, car nous aurons à examiner de plus près le mécanisme juridique du gage tacite lorsque nous nous efforcerons de déterminer le rôle de la volonté des parties dans la naissance du droit de gage (V. infra, 2e partie, Chap. I).

Les auteurs ne s'accordent pas sur le nombre des privilèges mobiliers spéciaux reposant sur une idée de gage en dehors de tout contrat de gage exprès; ou autrement dit sur les cas de gage tacite.

D'après Planiol (*Traité élémentaire.* II, nº 2426), il n'existerait que deux cas de gage tacite : 1º le gage du bailleur d'immeubles sur les meubles de son locataire; 2º le gage du commissionnaire sur les marchandises qu'il est chargé de vendre et qui ressortit au droit commercial.

Mais la majorité de la Doctrine et de la Jurisprudence semble d'accord pour considérer également comme fondés sur une idée de gage ou de nantissement : 1º le privilège des hôteliers et aubergistes sur les effets des voyageurs (art. 2102, 5º); 2º celui des voituriers sur les objets transportés par eux (art. 2102, 6º); 3º le privilège pour faits de charge sur le cautionnement des fonctionnaires publics et officiers ministériels (art. 2102, 7º) dont nous avons parlé antérieurement. Les termes de la loi et les travaux préparatoires permettent également d'y joindre le droit reconnu

aux ouvriers et industriels sur les objets abandonnés chez eux par la loi du 31 décembre 1903.

Becqué (*Traité de Planiol et Ripert*, XII, p.180) voit également un cas de gage tacite dans le droit reconnu au propriétaire d'un fonds sur les animaux divaguant sur ce fonds et y ayant causé des dommages (loi du 4 avril 1889, art. 1er) ainsi que dans l'affectation spéciale au profit du créancier saisissant des sommes consignées en cas de cantonnement d'une saisie-arrêt dans les formes prévues par le nouvel article 567 du Code pénal civil modifié par la loi du 17 juillet 1907.

Cet auteur (p. 181) suivant en ceci Colin et Capitant (II, p. 884, note) fonde également sur une idée de gage tacite le privilège résultant pour les créanciers du *de cujus* de la séparation des patrimoines; nous retrouverons cette question à propos du gage ayant pour objet des universalités (V. infra, 1re partie, Chap. III, Sect. II, § 2 B) ; comme nous l'indiquerons plus loin, il nous semble qu'il y a là une confusion entre le gage proprement dit et ce qu'on appelle le gage général accordé au créancier chirographaire sur les biens de son débiteur, et qui n'a en réalité de commun avec le gage que le terme même dont on se sert pour le désigner.

Enfin, la loi du 27 décembre 1895 relative aux caisses de retraite, de secours et de prévoyance fondées au profit des employés et ouvriers accorde expressément aux bénéficiaires de cette loi un droit de gage sur les sommes ou valeurs affectées aux institutions de prévoyance et déposées soit à la Caisse des dépôts et consignations soit à toute autre caisse (art. 4); on voit généralement dans ce droit, un gage légal ayant pour objet une créance (Becqué, op. cit., p. 179; S. Rogier, *De la mise en gage de créances en droit français*, Thèse, Paris, 1929, p. 51); ce cas de gage tacite ou légal pourrait aussi être assimilé au gage ayant pour objet une somme d'argent ou « cautionnement », dont nous avons déjà parlé.

Nous retrouverons le gage tacite du commissionnaire au cours du chapitre suivant consacré au gage commercial et examinerons seulement ici les cas de gage tacite relatifs à des meubles corporels et ressortissant au droit civil.

§ 1. *Privilège du bailleur.* — I. - L'article 2102, 1°, confère au bailleur d'immeubles un privilège sur les meubles et objets mobiliers garnissant les lieux loués pour tout ce qui est dû en vertu du bail; en outre en cas de bail d'un immeuble rural, la loi confère un privilège au bailleur sur les fruits et récoltes de l'année. Le privilège sur les meubles garnissant les lieux loués est considéré traditionnellement comme fondé sur une idée de gage, les meubles étant considérés « comme en quelque façon réputés en la possession du propriétaire » comme l'écrivait déjà Laurrière dans notre ancien droit (*Coutume de Paris*, sous l'art. 171).

Historiquement, il a pour origine la constitution de gage consentie par le *colonus*, locataire d'un *praedium rusticum* au profit de son bailleur en droit romain et dont Caton nous a conservé la formule dans son *De re rustica* (Maynz, I, p. 875). Quant au privilège sur les récoltes de l'année, il est fondé sur une idée d'enrichissement du locataire auquel le propriétaire a contribué par le bail de l'immeuble; nous nous trouvons ici en présence d'un droit de créance chirographaire à gage spécialisé muni d'un privilège.

Nous ne nous occuperons ici que du privilège sur les objets garnissant l'immeuble puisque seul il constitue un gage tacite ou légal.

Remarquons tout d'abord que ce gage est fondé autant sur la qualité de la créance garantie que sur la mise en possession; c'est d'ailleurs comme nous le verrons le cas de tous les gages légaux; en l'espèce il n'est pas douteux que la loi a voulu favoriser la location des immeubles en donnant au bailleur une garantie pour le payement des loyers et fermages.

D'autre part ce gage présente un caractère exceptionnel (ou du moins qui pouvait paraître exceptionnel avant l'apparition dans notre droit moderne des gages dits « sans dépossession ») en ce qu'il n'exige pas la dépossession absolue du débiteur. Le locataire ou fermier conserve entre ses mains les choses qui sont soumises au droit de gage du bailleur.

M. Thaller (*Ann. de dr. comm.*, 1896, p. 293) s'est prévalu de ce fait pour contester au privilège du bailleur le caractère de gage tacite . « Le locataire se dessaisit-il? Apparemment

non. Le propriétaire entre-t-il en possession ? Pas davantage. Dire qu'il possède par l'entremise de l'immeuble qui est à lui, c'est une fiction, c'est pour mieux dire une inexactitude. La théorie du gage manque donc de base. Nous sommes en présence d'un privilège, non pas conforme au droit commun des sûretés réelles, mais donnant un véritable accroc aux notions du crédit moderne. »

Cette opinion semble être restée isolée; doctrine et jurisprudence s'accordent conformément à la tradition à considérer que le bailleur a dans une certaine mesure la possession des meubles de son locataire par le fait qu'ils se trouvent dans les locaux lui appartenant. Comme le dit M. Becqué (*Traité de Planiol et Ripert*, XII, p. 144) il y a sur ces meubles deux possessions superposées, celle du locataire et celle du bailleur ou plus exactement le locataire n'a plus sur les meubles du fait de leur entrée dans les lieux loués qu'une possession démembrée limitée par la possession partielle du bailleur. C'est bien en définitive cette idée que traduit Planiol lorsqu'il écrit (*Traité élémentaire*, II, n° 2402) : « Le propriétaire n'acquiert sur son gage qu'une sorte de possession indirecte et le locataire continue à posséder son mobilier et à s'en servir : *ces deux choses sont conciliables; dans la mesure où elle existe, la possession du gage par le propriétaire détruit la possession qu'en a le locataire*; celle-ci devient *moins libre*, puisque le propriétaire peut s'opposer à l'enlèvement des meubles et que le locataire n'en a plus la disposition absolue. » (V. dans le même sens, Josserand, II, N° 1563, p. 847 et 848). Nous verrons ultérieurement que ce démembrement, ce partage de la possession entre plusieurs personnes n'a dans notre droit rien d'anormal ni d'exceptionnel. Quoiqu'il en soit nous verrons bientôt que la Jurisprudence a admis sans hésitation la qualité de possesseur du bailleur et en a tiré des conséquences importantes.

II. - Ce privilège appartient à tout bailleur, c'est-à-dire non seulement au propriétaire de l'immeuble mais encore à l'usufruitier, au mari qui a la jouissance des biens de sa femme ou au locataire principal. Dans ce dernier cas les meubles du sous-locataire sont atteints par le gage du bailleur primitif à concurrence des sommes dont il est redevable

envers le sous-bailleur (art. 1753 C. civ.; 820 C. p. c.) : on peut dire dans ce cas qu'il y a sur les mêmes meubles non plus deux mais trois possessions superposées.

Remarquons à ce sujet que si d'après les articles 1753 du Code civil et 820 du Code de procédure civile, le privilège du bailleur ne peut être exercé par le propriétaire à l'encontre des sous-locataires qu'a concurrence des sommes que ceux-ci doivent au locataire principal, cette restriction ne s'applique qu'en tant que le privilège frappe les meubles du sous-locataire qui lui appartenaient lorsqu'il est entré dans les lieux; si le locataire principal a vendu au sous-locataire des meubles qu'il avait lui-même fait entrer dans les lieux et qui s'y trouvaient au moment de la sous-location, la Jurisprudence décide que ces meubles restent grevés du privilège du bailleur pour tout ce qui est dû par le locataire principal quand bien même le sous-locataire ne devrait rien du fait de la sous-location; en pareil cas le locataire principal n'a pu transférer la propriété des dits meubles au sous-locataire qu'avec la charge du privilège qui les grevait déjà au moment de la vente, et cela alors même que le propriétaire aurait connu ou autorisé la sous-location et aurait eu connaissance de la vente dont s'agit (Cass. civ. 20 février 1911, D, 12, 1, 425, *Note de Loynes*; S, 13, 1, 193, *note Hugueney*, V; également : Bordeaux 16 mars 1849, D, 49, 2, 170). Nous nous trouvons ici en présence d'un droit de suite s'exerçant en cas de transfert de la propriété sans déplacement de la possession (V. Moissenet *Etude sur le droit de suite en matière de privilèges mobiliers*, Thèse Dijon, 1901, p. 126 et s. et supra, p. 53).

Cette solution critiquée par Laurent (XXIX n° 427) et par Guillouard (*Nantissement* I n° 305) qui se prononcent pour l'application en l'espèce de l'article 1753 du Code civil est généralement approuvée par la doctrine (V. les notes de Loynes et Hugueney précités, Planiol, *Traité élémentaire* II, n° 2402, p. 793).

De même les meubles du sous-locataire même introduits par lui dans les lieux seraient frappés du privilège du bailleur pour l'intégralité du loyer principal, si la sous-location étant interdite par les clauses du bail avait eu lieu en violation de ces clauses et sans l'autorisation du propriétaire (Cass.,

11 avril 1892, S, 92, 1, 433 Note Labbé; D, 92, 1, 345, Note De Loynes; Trib. civ. Auxerre, 22 juillet 1897, *Gaz. Pal.*, 97, 2, 532).

III. - Le gage du bailleur porte en principe sur tous les objets introduits dans les lieux loués, même s'ils appartiennent à des tiers, pourvu que le bailleur soit de bonne foi, c'est-à-dire qu'il ignore au moment de l'entrée des meubles dans les lieux loués qu'ils n'étaient pas la propriété du locataire; le bailleur en sa qualité de possesseur et de gagiste peut en effet invoquer l'article 2279 et la règle « En fait de meubles, possession vaut titre » (Alger, 31 janvier 1891, S, 91, 2, 136; Cass. Req., 28 novembre 1898, S, 02, 1, 142; Paris, 13 décembre 1900, S, 04, 2, 78; Cass. Req., 7 mai 1923, S, 23, 1, 160). Il n'en est autrement que lorsqu'il s'agit d'objets que le locataire ne reçoit chez lui qu'à raison de sa profession pour les réparer ou y travailler ou encore de choses perdues ou volées dont la revendication est permise même contre un acquéreur muni d'un titre translatif de propriété (art. 2279, al. 2).

Notons ici qu'une décision qui semble être restée isolée a admis que le privilège du bailleur pouvait s'exercer en cas de sous-location non seulement sur les meubles se trouvant dans les lieux mais encore sur la créance des loyers du locataire principal contre les sous-locataires et que ces loyers saisis arrêtés par le bailleur devaient lui être attribués par préférence aux autres créanciers du locataire principal (Trib. civ. Seine, 8 août 1895, *Le Droit*, 15 septembre 1895).

La Jurisprudence semble divisée sur la question de savoir si le privilège du bailleur existe en cas de location d'appartements meublés. Certaines décisions ont refusé le privilège au bailleur en ce cas en se fondant sur ce qu'il a pour but de rendre efficace « le droit de gage que le preneur reconnaît tacitement au bailleur sur les meubles qu'il apportera avec lui » et « est corrélatif de l'obligation imposée au preneur de garnir les lieux loués » (Trib. civ. Seine, 17 janvier 1910, S, 10, 2, 189; v. dans le même sens Trib. civ. Montmédy, 10 septembre 1895, *Man. jud., de Lyon*, 16 janvier 1896; Trib. civ. Bordeaux, 24 février 1896, *Le Droit*, 14 avril 1896). En sens contraire, on a argué de ce que les termes de la loi ne font aucune distinction entre la location en vide

et la location en meublé et de ce que le privilège était accordé à tout bailleur d'immeubles (Trib. civ. Compiègne, 18 décembre 1895, S, 10, 2, 189, en sous-note).

IV. - L'étendue de la créance garantie par le privilège varie suivant qu'il s'agit d'un bail commercial (loi du 20 février 1872), d'un bail rural (loi du 19 février 1889) ou des autres baux qui restent soumis au régime primitivement établi pour tous les baux par l'article 2102, alinéa premier du Code civil. D'après celui-ci le privilège garantit tous les loyers échus ou à échoir en vertu du bail lorsque celui-ci est authentique ou a date certaine, et dans le cas contraire, les loyers échus non prescrits l'année courante et une année à venir. Les lois précitées restreignent l'exercice du privilège à 4 années de loyers au plus : 2 ans d'arriéré, l'année courante et une année à échoir.

Le privilège du bailleur est encore limité en cas de warrant agricole ou hôtelier (V. plus loin 1re part. Ch. IV, Sect. I et II).

V. - Le caractère imparfait de la possession du bailleur qui peut n'être pas sur place ou n'avoir pas de représentant pour empêcher le déplacement des meubles, a nécessité des mesures spéciales tant en ce qui concerne la conservation de la possession que l'exercice du droit de suite. Pour conserver sa possession et prévenir l'enlèvement des meubles par le locataire, le bailleur peut faire pratiquer une saisie-gagerie (art. 819 à 825 C. p. c.).

Lorsque les meubles enlevés sont transportés dans un local appartenant à un autre propriétaire la Jurisprudence décide que les meubles ne pourront rester grevés du privilège entre les mains du nouveau bailleur qui serait constitué détenteur des meubles pour le compte de l'ancien propriétaire soit par une convention des parties soit par une décision judiciaire; une telle constitution serait inefficace, le bailleur ne pouvant à raison du caractère imparfait de sa possession, détenir pour autrui et jouer le rôle de tiers convenu (Cass. civ., 7 janvier 1919, D,23, 1, 404).

La loi a réglé d'une manière spéciale le droit de suite du bailleur lorsque les meubles ont été déplacés sans son consentement; elle lui permet en ce cas de les reprendre entre les mains de tiers pourvu qu'il ait exercé la saisie-revendication prévue par l'article 826 du Code de procédure civile

dans les quinze ou quarante jours du déplacement suivant qu'il s'agit d'un bien urbain ou rural.

Remarquons que ce droit de suite permet au bailleur non de reprendre la possession des meubles mais de les faire saisir et vendre pour être payé sur le prix grâce à son privilège; il s'exerce donc moins sur les meubles considérés dans leur matérialité que sur la valeur pécuniaire de ceux-ci. A ce sujet, il a été jugé que le bailleur devait nécessairement pour exercer son privilège recourir aux saisies prévues par le Code de procédure et ne pouvait demander à la force publique de s'opposer à l'enlèvement des meubles par le locataire (Trib. Seine, 9 juin 1918, *Gaz. Trib.*, 18, 2, 386).

Le droit de suite du bailleur s'exerce même contre un tiers de bonne foi; on considère en effet traditionnellement que le preneur en enlevant les meubles des lieux loués commet un « vol de gage » et que dès lors ceux-ci peuvent être revendiqués même entre les mains des tiers de bonne foi, comme toute chose volée (Caen, 19 déc. 1885, *Pandectes françaises*, 87, 2, 10; Cass. civ., 30 octobre 1888, *P. f.*, 90, I, p. 97 note Chatel). Cependant si le tiers a acquis les meubles sur un marché, dans une foire ou chez un marchand vendant des choses pareilles, le bailleur ne pourra exercer la revendication qu'en remboursant au tiers son prix d'achat (art. 2280 C. civ. et loi du 11 juillet 1892).

Ajoutons que le bailleur ne pourra poursuivre les objets enlevés s'il reste dans les lieux loués assez de meubles pour le garantir (Lyon, 2 mai 1891, D, 93, 2, 210; Besançon, 21 mai 1897, D, 98, 2, 127).

Le privilège du bailleur étant considéré comme un droit de gage est attaché à la possession; la Jurisprudence en tire cette conséquence que le propriétaire qui a aliéné sans aucune réserve son immeuble et qui en a ainsi transféré à l'acquéreur à la fois la propriété et la possession perd le droit d'exercer son privilège même pour les loyers échus avant la vente; d'après la Cour de cassation le privilège est conformément à l'article 2076 du Code civil subordonné à la possession effective, le propriétaire possédant « en même temps que l'immeuble dont il a donné la jouissance au preneur les meubles apportés par celui-ci en nantissement »; en conséquence la perte de la possession de l'immeuble entraîne la

perte de la possession à titre de gagiste des meubles du locataire et du privilège qui y est attaché (Cass. Req., 14 décembre 1892, D, 94, 1, 265, Note Lebret; S, 93, 1, 169; V. dans le même sens Grenoble, 30 janvier 1864, D, 65, 2, 131).

Une décision antérieure de la Cour de Caen (Caen, 2 juin 1851, D, 54, 5, 603) qui avait maintenu le privilège au bailleur malgré la vente en arguant de ce que le privilège était attaché avant tout à la qualité de la créance, est restée isolée.

Les mêmes régles s'appliqueraient à un locataire principal dans ses rapports avec les sous-locataires en cas d'expiration ou de résiliation du bail principal.

§ 2. *Privilège de l'aubergiste.* — Ce privilège accordé par l'article 2102, 5° à l'aubergiste ou hôtelier pour les fournitures faites à un voyageur pendant son séjour à l'hôtel sur les effets de ce voyageur transportés dans l'hôtel, est considéré comme reposant sur une idée de nantissement.

Il est destiné à faciliter l'exercice de la profession de l'aubergiste qui ne peut le plus souvent apprécier la solvabilité de ses clients de passage que d'après l'importance de leurs bagages.

On ajoute souvent que la loi suppose qu'il intervient entre l'aubergiste et les voyageurs lors de l'entrée de ceux-ci à l'hôtel une convention tacite de gage. Nous verrons ultérieurement qu'il y a là comme pour le bailleur une fiction inutile.

D'après Planiol (*Traité élémentaire*, II, n° 2521), le droit de l'aubergiste ne serait pas un droit de gage mais un droit de rétention fondé sur le caractère synallagmatique du contrat d'hôtellerie : le voyageur ne pourrait exiger de l'aubergiste l'accomplissement de son obligation de restituer les effets du voyageur qu'après avoir rempli lui-même son obligation de payer la note.

Cette explication ne semble pas admissible car le droit de rétention ne comporte aucun droit de préférence du rétenteur sur le prix des objets détenus par lui. Or, la loi confère expressément à l'aubergiste un privilège c'est-à-dire un droit de préférence sur le prix dont les modalités ont été

réglées par la loi du 31 mars 1896. Cette loi qui fixe la procédure pour parvenir à la vente et au payement, ne fait aucune différence entre les effets laissés en gage par les voyageurs en vertu d'une convention expresse et ceux abandonnés dans l'hôtel, ce qui vient encore renforcer le système qui fait du droit de l'aubergiste un véritable droit de gage.

En sa qualité de gagiste, l'aubergiste pourra s'il est de bonne foi invoquer à l'égard des tiers l'article 2279 du Code civil, son privilège portera donc sur les effets transportés par le voyageur dans l'hôtel même s'ils sont la propriété d'un tiers (Dijon, 11 juillet 1872, D, 73, 2, 215, S, 73, 2, 104).

Si les objets sont détournés sans le consentement de l'aubergiste il pourra les revendiquer dans les mêmes conditions que le créancier gagiste.

Par contre, il perd son privilège s'il se dessaisit volontairement des effets avant d'avoir été payé; si le voyageur revient plus tard dans l'hôtellerie les effets qu'il y transportera ne seront pas grevés du privilège pour les frais non réglés de ses précédents voyages (Trib. de Comm. de Nantes, 20 septembre 1873, S, 74, 2, 256).

§ 3. *Privilège du voiturier.* — Ce privilège établi par l'article 2102, 6° appartient à tout transporteur pour le payement des frais de voiture, et des dépenses accessoires sur la chose voiturée.

On a tenté d'expliquer ce privilège par l'idée d'une plus value procurée à la chose par le transport; mais outre que cela n'est pas toujours exact, en ce cas le droit de préférence ne devrait porter que sur la plus value résultant du transport et devrait être indépendant de la possession par le voiturier des objets transportés. Or on admet généralement que le privilège porte sur le prix total des objets transportés et qu'il est perdu si le voiturier s'en dessaisit volontairement (En ce sens Trib. Comm. Seine, 15 décembre 1911, S, 12, 2, 176).

Planiol voit dans le privilège du voiturier comme dans celui de l'aubergiste, un simple droit de rétention ce qui est inconciliable avec les dispositions de la loi qui lui attribue un droit de préférence sur le prix.

En réalité ce privilège comme celui de l'aubergiste n'est autre chose qu'un droit de gage attaché par la loi à la possession que le voiturier a de la chose voiturée pendant le transport.

Remarquons que cette possession comme celle du gagiste peut s'exercer par l'intermédiaire d'un tiers convenu et que même ce tiers pourrait être désigné par Justice en l'absence de tout consentement de la part du débiteur; c'est ainsi que le voiturier pourrait obtenir la nomination d'un séquestre chargé de conserver pour son compte la possession des objets transportés (Paris, 20 mars 1909, D, 10, 2, 136).

§ 4. *Objets abandonnés chez les ouvriers et les industriels* (Loi du 31 décembre 1903). — Une loi du 31 décembre 1903 permet aux ouvriers et industriels de faire vendre à peu de frais les objets qui leur ont été confiés pour être travaillés, façonnés, réparés ou nettoyés et qui ont été abandonnés chez eux pendant deux ans par leurs clients. Les rapporteurs des deux Chambres ont au cours des travaux préparatoires de la loi considéré que l'ouvrier ou industriel avait pour être payé de son travail sur le prix des dits objets un privilège résultant d'un gage tacite. Planiol (*Traité élémentaire*, n° 191, note 2) prétend qu'il y a là une erreur et que sauf le cas où le travail aurait conservé la chose détenue ce qui conférerait à l'industriel ou à l'ouvrier, le privilège du conservateur, il n'aurait sur la chose qu'un droit de rétention.

Bien que le texte même de la loi ne parle ni de gage ni de privilège, les termes de l'article 5 semblent bien supposer que le créancier a le droit d'être payé sur le prix des objets ainsi vendus par préférence aux autres créanciers une fois les frais de la vente prélevés.

Il y a d'ailleurs une analogie frappante entre ce texte et celui de la loi du 31 mars 1896 dont nous avons déjà parlé relatif au privilège des hôteliers ou aubergistes.

Il semble donc bien, que, quoiqu'en dise Planiol, les ouvriers ou industriels ont sur les objets ainsi abandonnés chez eux un véritable droit de gage tacite ou légal.

§ 5. *Animal divaguant sur le fonds d'autrui* (Loi du 4 avril 1889, art. 1er). — L'article premier de la loi du 4 avril 1889 (titre VI du Code rural), reconnaît au propriétaire du fonds

sur lequel des animaux non gardés ou dont le gardien est inconnu ont causé du dommage, le droit de s'en saisir et de les faire conduire au lieu de dépôt désigné par le maire. A défaut de réclamation par le propriétaire et de payement du dommage dans la huitaine les animaux sont vendus sur ordonnance du juge de paix qui évalue les dommages.

Becqué (*Sûretés réelles*, p. 180) est à notre connaissance le seul auteur qui ait vu dans cette disposition un cas de gage tacite, ce qui implique que le propriétaire lésé aurait sur ces animaux pour sa créance en dommages-intérêts le privilège du créancier gagiste. La loi ne parle à ce sujet ni de gage ni de privilège, mais il semble bien résulter de ses dispositions que le prix de la vente est affecté au payement du dommage; ce qui, les animaux étant en la possession sinon du créancier tout au moins d'un tiers désigné légalement, peut en effet s'expliquer par l'idée de gage.

§ 6. *Affectation spéciale en cas de saisie-arrêt* (Article 567 C. p. c., loi du 17 juillet 1907). — On sait que le nouvel article 567 du Code de procédure civile permet en cas de saisie arrêt au débiteur saisi d'obtenir en référé main-levée de la saisie moyennant consignation par lui à la Caisse des dépôts et consignations ou aux mains d'un tiers commis à cet effet d'une somme suffisante pour garantir le créancier et qui est affectée spécialement entre les mains du tiers détenteur au payement des causes de la saisie arrêt. D'après la loi le créancier a sur cette somme un « privilège exclusif de tout autre ». Il a été jugé que le créancier ne pouvait pas indirectement s'attribuer ce privilège contre la volonté du débiteur en demandant le cantonnement en vertu de l'article 1166 du Code civil (Cass. civ., 9 juillet 1934, *Gaz. Pal.*, 34, 2, 479).

Pour Becqué (op. cit., p. 180, n° 179) il y a là un cas de gage tacite qui s'éloigne des autres « en ce qu'il suppose une autorisation judiciaire et aussi en ce qu'il peut se produire contre la volonté du créancier nanti c'est-à-dire du saisissant; celui-ci ne peut pas par sa mauvaise volonté, mettre obstacle à l'affectation spéciale qui en lui accordant un droit exclusif sur la somme consignée, libére pour le surplus la créance du débiteur saisi contre le tiers saisi ».

Il y aurait ainsi à côté du gage conventionnel et du gage légal, un cas de gage judiciaire ce qui complèterait la trilogie du légal, du conventionnel et du judiciaire que nous retrouvons dans d'autres domaines : représentation, hypothèque, compensation etc... et même dans les régimes matrimoniaux (V. Carbonnier, *Le régime matrimonial*, Thèse, Bordeaux, 1932, p. 529). Nous verrons ultérieurement quel est exactement le rôle de la décision de justice dans la naissance de ce droit de gage.

Quoiqu'il en soit pour l'instant remarquons que pour certaines variétés du gage (warrants commerciaux, agricoles, hôteliers, etc...) la loi permet au débiteur de libérer la chose du droit de gage qui la grève en effectuant un remboursement anticipé avant l'échéance; en cas de refus du créancier gagiste ou au cas où l'identité de celui-ci n'est pas connue du débiteur au moment où il désire effectuer le remboursement, la loi lui permet d'obtenir main-levée du gage en consignant le montant de la créance et les intérêts à la Caisse des dépôts et consignations; en ce cas le droit du créancier se trouve transporté sur la somme consignée; ces cas que nous étudierons plus loin offrent une analogie frappante avec celui du créancier saisissant en cas de cantonnement de la saisie-arrêt.

Le droit du saisissant sur la somme consignée peut également par son objet être rapproché tant du privilège pour faits de charge et du privilège du second ordre sur le cautionnement des fonctionnaires et officiers ministériels que du droit de gage reconnu aux ouvriers et employés par l'article 4 de la loi du 27 décembre 1895 sur les fonds destinés à des œuvres de retraite et de prévoyance.

CHAPITRE II.

Du gage des meubles corporels avec dépossession en Droit commercial.

Ainsi que nous l'avons déjà indiqué, le gage commercial ne diffère en principe du gage civil que par quelques détails de règlementation.

Le Code de commerce sous sa forme primitive ne traitait même pas du gage en sorte que malgré le renvoi de l'article 2084 du Code civil, à la loi commerciale, on appliquait avant 1863 au gage commercial les règles du Code civil.

La loi du 23 mai 1863 a introduit dans le Code de commerce trois articles qui traitent du gage commercial; mais les auteurs de cette loi ont pris soin d'indiquer qu'ils avaient pris comme base :« les principes et les règles du Code civil » (V. l'exposé des motifs de loi). Ce sont donc ces règles qui sont applicables, à défaut de dérogation expresse, au gage commercial.

Mais à côté du gage commercial de droit commun que nous étudierons dans la première section de ce chapitre, nous aurons également à examiner certaines variétés propres soit au droit commercial terrestre soit au Droit commercial maritime.

Comme nous l'avons fait pour le gage civil, nous ne nous occuperons ici que du gage portant sur des meubles corporels et supposant la dépossession du débiteur, le gage portant sur des meubles incorporels faisant l'objet du chapitre suivant.

Section I.

Du gage commercial en général

L'article 91 nouveau du Code de commerce considère comme commercial « le gage constitué soit par un commerçant soit par un individu non commerçant pour un acte de commerce. » C'est donc la nature de la dette garantie qui sert de critérium; l'emprunt contracté par un commerçant étant présumé en vertu de l'article 638, alinéa 2, et sauf preuve contraire, fait pour les besoins du commerce, il en sera de même du gage destiné à garantir cet emprunt.

L'article 91 nouveau a supprimé en matière commerciale l'exigence d'un écrit en décidant que le contrat serait prouvé aussi bien à l'égard des tiers qu'entre parties conformément à l'article 109 du Code de commerce.

La mise en possession du créancier gagiste est exigée aussi bien pour le gage commercial que pour le gage civil. D'après l'article 92 du Code de commerce, le créancier est « réputé avoir les marchandises en sa possession lorsqu'elles sont à sa disposition dans ses magasins ou navires, à la Douane ou dans un dépôt public ». Nous verrons ultérieurement qu'il n'y a pas là une fiction comme pourraient le faire croire les termes de la loi mais bien une réalité. Il en est de même pour le cas visé par l'article *in fine* où les marchandises en cours de transport sont représentées par un titre (lettre de voiture ou connaissement) qui est remis au créancier à qui cette remise confère la possession des dites marchandises.

La possibilité pour le gagiste d'invoquer à l'encontre des tiers l'article 2279 du Code civil s'applique au gage commercial comme au gage civil (V. Req., 12 mars 1888, D, 88, 1, 404).

L'article 93, alinéa 1, du Code de commerce simplifie les formalités de réalisation du gage commercial en permettant au créancier de faire procéder, huit jours après une signification adressée au débiteur et le cas échéant au tiers donneur de gage, et sans autorisation de justice à la vente publique des objets donnés en gage,

Le dernier alinéa de l'article 93 réédite à l'égard du gage commercial la prohibition des clauses commissoires ou de voie parée que nous avons déjà signalée pour le gage civil.

Le créancier peut-il en matière commerciale se faire attribuer le gage en Justice conformément aux dispositions de l'article 2078 du Code civil? La Jurisprudence lui refuse ce droit en arguant du silence de l'article 93 du Code de commerce à ce sujet (Toulouse, 27 juillet 1872, D, 73, 2, 230; S, 74, 2, 178; Paris, 8 mars 1873, D, 74, 2, 70); au contraire, Lyon Caen et Renault (*Droit commercial*, III, n° 313) pensent que dans le silence de la loi commerciale, il convient d'appliquer sur ce point, les dispositions du Code civil (Dans le même sens, Aubry et Rau, 4e éd., IV, § 434, p. 712).

Section II.

Des magasins généraux et des « Warrants »

§ 1. *Définition. - Droits du porteur du warrant.* — Les magasins généraux créés en 1848 et organisés par la loi du 28 mai 1858 complétée par des décrets et des lois postérieurs sur des points de détail sont destinés à recevoir en dépôt les matières premières ou les objets fabriqués qui leur sont remis par les commerçants ou industriels. Ils leur permettent de diminuer dans une certaine mesure les frais d'emmagasinement et de surveillance de leurs marchandises ainsi que les risques qui peuvent atteindre celles-ci. Surtout ils leur permettent de faire la délivrance des dites marchandises ou de les donner en gage à des créanciers sans avoir à supporter les frais et les risques d'un transport. (V. Rouvière, *Des avances sur marchandises*, Thèse, Aix, 1903, pp. 246 et s.).

Le déposant reçoit un récépissé énonçant son nom, sa profession et son domicile, la nature de la marchandise déposée et les indications permettant d'en déterminer l'identité et la valeur; à ce récépissé est joint un bulletin de gage ou warrant contenant les mêmes mentions.

Ces titres sont transmissibles par voie d'endossement. L'endossement simultané du récépissé et du warrant vaut transfert de la propriété complète de la marchandise entre les mains du porteur; le transfert du warrant seul vaut constitution de gage au profit du cessionnaire du warrant; l'endossement du récépissé seul transfère la propriété des marchandises sous réserve du droit de gage appartenant au porteur du warrant.

L'endossement du warrant séparé du récépissé doit énoncer le montant de la créance garantie, la date de son échéance, les nom, profession et domicile du créancier; le premier cessionnaire doit immédiatement faire transcrire l'endossement sur les registres du magasin général, et il est fait mention de cette transcription sur le warrant (art. 5, loi du 28 mai 1858).

A défaut de transcription, les tiers intéressés peuvent faire considérer le premier endossement comme non avenu à leur égard. Ainsi la saisie-arrêt faite par un créancier du déposant postérieurement à l'endossement mais avant la transcription est valable (Paris, 1er décembre 1866, D, 66, 2,248).

Les endossements postérieurs au premier peuvent être transcrits (D., 12 mars 1859, art. 16); mais cette transcription n'est pas obligatoire; elle a simplement pour but de faire connaître au porteur du récépissé, les noms des porteurs successifs du warrant pour lui permettre de les désintéresser par anticipation.

Le porteur du récépissé ne peut pas retirer la marchandise tant que le porteur du warrant n'a pas été désintéressé; celui-ci exerce donc par l'intermédiaire du magasin général, un droit de rétention.

Le porteur du récépissé peut se libérer de cette charge en payant la dette garantie même avant son échéance (art. 6); le payement est fait au porteur du warrant s'il est connu; dans le cas contraire, la somme dûe y compris les intérêts jusqu'à l'échéance est consignée à l'administration du magasin général qui en demeure responsable; cette consignation libère la marchandise et transporte les droits du porteur du warrant sur la somme consignée (art. 6, alinéa 2).

Le porteur du récépissé ne peut d'après la Jurisprudence qui se fonde sur l'indivisibilité du gage, retirer une partie des marchandises déposées en consignant une part proportionnelle de la dette (Paris, 5 avril 1877, D, 79, 2, 129; S, 79, 2, 53; Trib. comm. Marseille, 20 octobre 1881, *J. Marseille*, 82, 1, 17).

Aux termes du décret du 12 Mars 1859, la marchandise peut être fractionnée en plusieurs lots pour lesquels il peut être délivré autant de récépissés et de warrants. Il arrive aussi qu'après avoir endossé le warrant, le déposant endosse le récépissé à titre de garantie à un second créancier qui est alors payé sur le prix des marchandises après le porteur du warrant.

La tradition du warrant sans endossement ne transfère pas la possession des marchandises (Cass. civ., 19 déc. 1865, S, 66, 1, 61; D, 66, 1, 198; Req., 11 juill. 1876, S, 77, 1, 249; D, 77, 1, 156).

Le porteur du warrant a sur la marchandise tous les droits d'un créancier gagiste; outre le droit de rétention susmentionné, il a le droit de faire vendre la marchandise aux enchères huit jours après un protêt constatant le défaut de paiement à l'échéance (art. 7, loi de 1858).

Sur le prix de vente. le porteur du warrant a un privilège qui n'est primé que par le privilège des contributions indirectes, taxes d'octroi, et droits de douane. dûs pour la marchandise et par celui des frais de vente, de magasinage et autres faits pour la conservation de la chose (art. 8, al. 1, loi de 1858). A la différence du créancier gagiste ordinaire, le porteur du warrant passe avant le vendeur de la marchandise quand bien même, il saurait que le prix n'en a pas été payé par le déposant.

Les porteurs de récépissés et de warrants ont sur les indemnités d'assurance dûes en cas de sinistres, les mêmes droits et privilèges que sur la marchandise assurée (art. 10, loi de 1858).

Comme porteur d'un titre à ordre, le porteur du warrant, a, en outre, dans le cas où le prix des marchandises ne suffit pas pour le désintéresser, un recours personnel en garantie contre les endosseurs, y compris le déposant. Ce recours,

est en principe régi par les mêmes règles que celui du porteur d'une lettre de change.

§ 2. *Caractères du warrant et du gage sur warrant.* — En définitive l'originalité du gage sur warrant consiste dans le fait que le transfert de possession exigé par la loi entre les mains du créancier gagiste s'opère par le transfert d'un titre représentant les marchandises engagées ou plus exactement leur valeur pécuniaire.

Cependant la plupart des auteurs estiment qu'il y a là une simple application de l'article 2076 *in fine* du Code civil, le magasin général jouant le rôle de tiers convenu entre les parties et détenant le gage pour le compte du créancier.

Cette explication est certainement en partie exacte; mais elle a le tort de méconnaître le caractère de titre représentatif de la chose qui appartient au warrant; en réalité le warrant (comme d'ailleurs le récépissé) n'est qu'un cas d'application de la notion de *titre juridique représentatif de la possession des choses mobilières ou immobilières.* Cette notion, dont nous rencontrerons plus loin d'autres applications, concernant notamment le crédit documentaire, les warrants agricoles, hôteliers, etc..., ne joue guère en droit français actuel, que pour les choses mobilières; elle aboutit à ce résultat que les opérations juridiques accomplies sur le titre représentatif, produisent relativement aux choses représentées, les mêmes effets, même quant à la possession que si les titulaires du titre étaient en contact matériel avec ces choses elles-mêmes; en définitive la possession du titre dans certaines conditions (endossement régulier, etc...) entraîne la possession des marchandises. On a pu rapprocher cette notion de la notion générale de représentation dans son application aux personnes ; de même, que la personne représentée est censée être physiquement présente à l'acte qu'un représentant accomplit pour son compte, de même la chose représentée par un titre adéquat est considérée, comme étant matériellement en puissance du possesseur du titre (V. sur ce point, à propos du crédit documentaire, J. Bonnecase, *Traité de Droit commercial maritime*, n° 770, p. 682).

Les récépissés et warrants présentent même sur ce point des caractères spéciaux que l'on ne retrouve pas dans les

autres cas de titres représentant une chose; la dualité de titres correspond, comme nous le verrons ultérieurement, à un véritable démembrement tant de la propriété que de la possession des marchandises déposées; le récépissé représente la chose elle-même dans son individualité, en tant qu'elle peut faire l'objet d'un droit réel principal; le warrant représente la chose considérée dans sa valeur pécuniaire en tant que pouvant faire l'objet d'un droit réel de garantie ou du second degré.

Le droit du porteur du warrant porte donc moins sur la chose elle-même que sur une valeur pécuniaire; cela explique que l'on ait admis en cette matière, que le gage peut porter sur des choses fongibles par exemple sur des marchandises qui sont destinées à être vendues au fur et à mesure de leur vieillissement et à être remplacées par d'autres acquises avec les deniers provenant de la vente des premières; le privilège du gagiste s'exerce alors sur les marchandises acquises en remplacement (Cass. Req., 10 mars 1915, D, 16, 1, 241; S, 16, 1, 5, Note Lyon-Caen, *Revue Trimestrielle*, 1915, p. 528 et 1916, p. 103; Capitant, *Essai sur subrogation réelle*, *Revue Trimestrielle*, 1914, p. 414 et note). Mais on n'est pas d'accord sur l'explication juridique de cette substitution; la Cour de cassation dans l'arrêt précité, considère qu'il y a subrogation réelle des secondes marchandises aux premières; au contraire. MM. Becqué et Wahl y voient l'effet de constitutions successives de gage prévues par la convention primitive et s'appliquant aux diverses marchandises au fur et à mesure de leur remise entre les mains du tiers convenu, c'est-à-dire en l'espèce de leur entrée dans le magasin général; on devra donc apprécier séparément d'après ces auteurs la validité du gage à la date de ces mises en possession successives; notamment si l'entrée des marchandises de remplacement au magasin général intervient après la faillite du déposant, la constitution du gage sera nulle comme émanant d'un incapable et le porteur du warrant ne pourra plus alors exercer son privilège au détriment de la masse de créanciers; la solution contraire s'impose si l'on admet la subrogation réelle, la validité du gage devant alors s'apprécier au moment de la remise du warrant.

Mais, en matière mobilière, la valeur pécuniaire de la

chose ne peut pas être complètement séparée de son individualité; c'est pourquoi le droit du gagiste sur la valeur de l'objet donné en gage implique la détention de la chose et comporte le droit de rétention; dans le cas du warrant, la détention de la chose et s'il y a lieu le droit de rétention sont exercés par le magasin général jouant le rôle de tiers convenu. On peut donc dire que la possession du porteur de warrant s'exerce grâce à la fois à la possession qu'il a personnellement du titre et à la possession des marchandises elles-mêmes qu'exerce pour son compte (en même temps que pour le compte du porteur du récépissé), le magasin général. La possession du titre lui donne la possession de la valeur pécuniaire des marchandises si l'on peut ainsi dire; la détention et dans une certaine mesure la possession de l'individualité de la chose en tant que faisant l'objet d'un droit de gage est exercée par le magasin général, au nom et pour le compte du porteur du warrant.

La nécessité de la transcription du 1er endossement doit être considérée à cet égard comme un élément de la possession exigée par la loi. Il est clair en effet que le rôle de tiers convenu suppose chez celui qui le remplit la connaissance qu'un droit de gage a été constitué sur la chose qu'il détient; c'est donc seulement à partir du moment où le porteur du warrant à fait connaître au magasin général, l'existence du droit réel constitué à son profit, qu'il doit être considéré comme étant pleinement en possession des marchandises warrantées.

La transcription n'est donc point simplement une mesure de publicité; sa nécessité ne constitue pas non plus quoiqu'en pense Planiol (*Traité élémentaire*, II, n° 2437) une dérogation aux règles déterminant le droit de préférence du gagiste, elle est simplement une application du principe qui subordonne l'exercice des droits du gagiste et leur opposabilité aux tiers à la mise en possession.

Ainsi que nous l'avons déjà indiqué, outre sa qualité de titre représentatif de la valeur des marchandises, le warrant présente le caractère d'un billet à ordre dont le paiement est garanti par les dites marchandises; par là il se rapproche de la traite documentaire dont nous parlerons plus loin ou plus exactement il réunit en lui deux titres qui dans le crédit

documentaire sont distincts sous la forme du connaissement et de la traite documentaire : un titre représentatif de la chose donnée en gage et un titre à ordre représentant la créance garantie.

La Jurisprudence semble avoir cependant une certaine tendance à faire prédominer le caractère de titre de gage du warrant sur sa qualité d'effet de commerce, c'est ainsi qu'elle décide, en cas de faillite du déposant, que l'endossement du warrant, pendant la période suspecte, ne peut pas être assimilé au payement en effets de commerce dont la validité est reconnue par l'article 446, § 3, du Code de commerce; elle le considère comme un simple gage ou nantissement qui doit être annulé s'il a eu lieu après la cessation des payements du propriétaire de marchandises ou dans les dix jours qui l'ont précédée (Rennes, 22 mars 1866, S, 67, 2, 323, D, 67, 2, 206). La même solution a été admise pour l'endossement du récépissé et du warrant réunis (Cass., 7 mai 1866, S, 66, 1, 313; D, 66, 1, 197) et pour celui du récépissé seul (Lyon, 27 février 1866, S, 66, 1, 313, note Moreau; D, 66, 2, 70).

Cependant on admet que le warrant doit être considéré comme un effet de commerce au sens de l'article 446, § 3 du Code de commerce lorsqu'après avoir passé dans les mains d'un prêteur qui l'avait reçu du déposant à titre de nantissement, il a été endossé par le prêteur à un de ses créanciers, parce qu'alors, dit-on, il transmet à celui-ci une véritable créance et non plus seulement un droit sur les marchandises (Moreau, Note au S, 66, 1, 313 sous Lyon, 27 févr. 1866, précité; Boistel, n° 951). Il est cependant assez difficile de justifier cette distinction car le prêteur n'a pu transmettre plus de droits qu'il n'en avait lui-même.

Section III.

Du gage « tacite » du commissionnaire et du transporteur.

§ 1. *Gage tacite du commissionnaire en marchandises.* — Le commissionnaire est (ainsi que le définit l'art. 94 du C. de comm.) celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte du commettant.

On considère en outre généralement que l'acte accompli par le commissionnaire pour le compte du commettant doit être un acte de commerce. Le caractère commercial de l'opération à accomplir et le fait que le commissionnaire agit en son propre nom, sont généralement considérés comme caractérisant le contrat de commission et l'opposant au contrat civil de mandat dans lequel le mandataire agit non en son nom propre mais au nom de son mandant.

L'article 95 du Code de commerce attribue au commissionnaire pour assurer le payement des prêts, avances ou payements faits par lui, un privilège sur la valeur des marchandises à lui expédiées, déposées ou consignées, par le fait seul de l'expédition, du dépôt ou de la consignation, sans qu'il y ait lieu de distinguer si les prêts , avances ou payements ont été faits avant la réception des marchandises ou pendant qu'elles sont en la possession du commissionnaire.

Tout le monde admet que le privilège ainsi conféré au commissionnaire repose sur une idée de nantissement; on dit ordinairement que la loi présume que le commettant constitue en gage les marchandises qu'il consigne, dépose ou expédie, afin d'assurer au commissionnaire, le remboursement de ses avances; pourtant les auteurs même qui admettent cette explication prennent soin d'ajouter que la qualité de la créance n'a pas été étrangère aux dispositions légales : « L'un des principaux services que les commissionnaires rendent au commerce, résulte des prêts ou avances qu'ils font aux commerçants sur les marchandises consignées... Pour que les commissionnaires fussent plus disposés à faire les avances, il importait de leur en assurer le rembourse-

ment; c'est dans ce but que le Code de commerce leur a accordé un privilège. » (Lyon Caen et Renault, *Droit commercial*, III, nº 485); le privilège apparaît ainsi comme concédé par le législateur pour des raisons d'utilité publique, ce qui rend inutile la fiction d'une convention supposée; en réalité, ce privilège comme ceux du bailleur, de l'aubergiste, etc.. est un véritable droit de gage légal mis en mouvement par un fait juridique constitué à la fois par le contrat de commission et la mise en possession du commissionnaire.

La loi du 23 mai 1863, semble avoir ratifié l'assimilation du privilège du commissionnaire à celui du gagiste en rassemblant sous un même titre les dispositions concernant le gage commercial et celles visant les commissionnaires.

Du fait que le privilège du commissionnaire est de même ordre que celui du créancier gagiste, la Jurisprudence a tiré cette conséquence qu'il ne prime le droit de gage résultant d'un contrat exprès, qu'autant qu'il lui est antérieur et que si ces deux droits ont été établis simultanément, les deux créanciers doivent venir en concurrence (V. à ce sujet l'arrêt Bossière-Brochner, Cass., 12 mai 1885, S, 86, 1, 473; Note Chavegrin, D, 85, 1, 185 et sur renvoi, Rouen, 22 juillet 1886, D, 87, 2, 74).

Le commissionnaire, comme tout créancier gagiste, doit pour pouvoir invoquer son privilège être en possession des marchandises c'est-à-dire que celles-ci lui aient été soit consignées, c'est-à-dire remises dans ses magasins avec mission de les vendre, soit déposées, c'est-à-dire remises sans qu'il ait reçu la charge d'en opérer la vente, soit expédiées c'est-à-dire en route pour lui parvenir et il faut dans ce cas qu'il soit nanti du titre de transport (lettre de voiture, récépissé ou connaissement). Cependant il n'est pas indispensable que les marchandises aient été envoyées directement au commissionnaire; au cas où des marchandises ont été adressées à un destinataire qui a transmis le connaissement ou la lettre de voiture à un commissionnaire chargé d'opérer la vente, on admet l'existence du privilège au profit de celui-ci.

Le privilège garantit tous les frais faits par le commissionnaire et le droit de commission (art. 95, 1er et 3e alinéas).

Le Code de commerce ne contenant aucune disposition sur le rang du privilège du commissionnaire, on doit lui appliquer les principes généraux sur le classement des privilèges. C'est ainsi qu'on admet qu'il prime le privilège du vendeur lorsque le commettant n'a pas payé le prix des marchandises, à condition toutefois que le commissionnaire ait été de bonne foi et ait ignoré au moment où il recevait les marchandises que le prix en était encore dû (Trib. civ., Seine, 21 janvier 1888, *Le Droit*, 13-14 février 1888).

Lorsque le commissionnaire a été chargé de vendre les marchandises, il peut les vendre lui-même, en toucher le prix et se payer par compensation, sans avoir à remplir de formalités spéciales; dans le cas contraire ou s'il ne trouve pas acheteur à l'amiable dans les conditions fixées par le commettant, il peut faire procéder à la vente aux enchères, huit jours après une sommation faite au commettant, conformément à l'article 93 du Code de commerce.

Outre son privilège, le commissionnaire a un droit de rétention qu'il peut opposer non seulement au commettant mais encore à un tiers acquéreur auquel le commettant les aurait vendues (Paris, 24 juin 1869, *J. du Palais*, 1869, p. 1253) ou aux autres créanciers du commettant (Cass., 6 avril 1875, S, 75, 1, 129; D, 75, 1, 354).

§ 2. *Gage tacite du commissionnaire de transport et du voiturier en matière commerciale.* — A côté des commissionnaires chargés de négociations commerciales concernant des marchandises, il existe des commissionnaires qui se chargent de faire opérer le transport des marchandises par l'intermédiaire de voituriers ou transporteurs. Il arrive d'ailleurs que le commissionnaire chargé d'un transport, le fasse opérer en tout en partie par ses propres employés ou agents; il réunit dès lors les qualités de commissionnaire et de voiturier; c'est le cas notamment des Compagnies de chemin de fer.

Le commissionnaire de transport a sur les marchandises transportées le même privilège que le commissionnaire ordinaire.

Quant au voiturier, il a sur les marchandises transportées tant un droit de rétention que le privilège de l'article 2102, 6° dont nous avons déjà parlé dans le chapitre précédent.

En ce qui concerne les transports maritimes, les articles 306 et 307 du Code de commerce règlent d'une manière spéciale le droit du transporteur c'est-à-dire de l'armateur représenté par le capitaine de navire sur les marchandises transportées pour assurer le payement du fret.

Aux termes de ces articles, le capitaine ne peut retenir les marchandises dans son navire faute de payement du fret; mais il peut, lors du déchargement, demander le dépôt des marchandises en mains tierces jusqu'au payement de son fret.

En outre il a pendant quinze jours après leur délivrance, un droit de préférence sur les marchandises, « pourvu qu'elle ne soient pas passées en mains tierces », c'est-à-dire qu'elle se trouvent toujours en possession des destinataires.

Ces droits ne sont que la conséquence du droit de gage tacite de l'armateur pour le paiement des frais de transport; le « connaissement de sortie de France » ou connaissement type adopté en 1914 par le Comité central des armateurs de France et par la Chambre des négociants - commissionnaires et du Commerce extérieur, et qui sert de modèle à toutes les Compagnies de navigation française prévoit d'ailleurs ce droit dans sa règle 12, en le qualifiant expressément de droit de gage.

Section IV.

Du gage des marchandises en cours de transport terrestre.

L'article 91, *in fine* du Code de commerce prévoit que des marchandises peuvent être données en gage alors qu'elles sont en cours de transport; en ce cas le créancier gagiste aura la possession des marchandises lorsqu'« il en sera saisi par un connaissement ou une lettre de voiture ».

Nous nous occuperons dans la section suivante du gage sur connaissement pour les marchandises en cours de transport maritime; mais nous devons auparavant donner quelques brèves explications sur la possibilité de constituer en gage

des marchandises en cours de transport terrestre, bien qu'en fait le procédé prévu par l'article 91 du Code de commerce soit dans ce cas très peu usité en pratique. Cela tient d'abord à la courte durée en général des transports terrestres à l'heure actuelle et ensuite à la disparition progressive de la lettre de voiture .

La lettre de voiture prévue par les articles 101 et 102 du Code de commerce était un écrit ayant la forme d'une lettre missive ouverte adressée par l'expéditeur au destinataire et ayant pour but de constater les conditions du transport.

Elle devait contenir certaines mentions énumérées par l'article 102 du Code de commerce.

Elle pouvait être dressée soit en un seul exemplaire soit en deux exemplaires dont l'un restait à l'expéditeur, l'autre étant remis au voiturier. S'il n'y en avait qu'un seul il pouvait soit être remis au voiturier pour voyager avec la marchandise et être remis au destinataire, soit rester à l'expéditeur, le voiturier en ayant dans ce cas une copie.

L'expéditeur qui restait propriétaire des marchandises, pouvait en cours de transport, aliéner les marchandises ou les mettre en gage, en transférant la lettre de voiture à l'acquéreur ou au gagiste. En ce qui concerne celui-ci le transfert régulier à son profit de la lettre de voiture équivalait à la mise en possession des marchandises. D'ailleurs la présentation de cette lettre était nécessaire pour obtenir du voiturier la délivrance des marchandises transportées.

Les modes de transfert de la lettre de voiture variaient avec la forme qui lui était donnée; si elle était à personne dénommée, son transfert exigeait une signification au voiturier en vertu de l'article 1690 du Code civil; si elle était au porteur elle se transmettait par la simple tradition; enfin, si elle était munie de la clause à ordre, elle était transmissible par endossement.

Aujourd'hui dans les transports par chemin de fer, la lettre de voiture est remplacée par un récépissé signé d'un agent de la Compagnie de chemin de fer qui opère le transport; ce récépissé constate que les marchandises ont été reçues de l'expéditeur et indique les principales conditions du transport. Ce récépissé, tout au moins pour les Compagnies de chemin de fer est nominatif conformément

aux dispositions de l'article 10 de la loi du 13 mai 1863. Il serait donc nécessaire pour que ce récépissé pût être valablement transféré à un créancier gagiste que celui-ci se fasse connaître de la Compagnie par une signification conforme à l'article 1690 du Code civil; cela serait nécessaire non seulement en droit mais encore en fait, car la présentation du récépissé n'étant pas exigée pour la délivrance, la Compagnie non avertie, livrerait la marchandise au destinataire.

Sous ces réserves on admet en général l'assimilation du récépissé à la lettre de voiture (V. Trib. comm., Seine, 3 juilet 1890, *La Loi*, 25 juillet 1890 et note Boistel, D, 74, 1, 409 et s.; sous Req., 9 décembre 1873; V. Rouvière, *Des avances sur marchandises*, Thèse, Aix, 1903, p. 239).

La lettre de voiture et le récépissé (si l'on admet que l'art. 91 C. com. puisse être étendu à ce titre) sont comme le warrant ou le connaissement des titres représentant la possession d'une chose.

Section V.

Du gage des marchandises en cours de transport maritime. - Du Crédit documentaire

§ 1. *Définition. - Eléments du Crédit documentaire; son domaine d'application.* — A. - *Définition et éléments. - Les « documents » : le connaissement. Les documents accessoires.*

I. - L'article 91 du C. de Commerce en visant le transfert de la possession des marchandises données en gage par la remise au créancier du connaissement légalisait une pratique, d'usage courant en droit commercial maritime, celle du crédit documentaire.

« On désigne par crédit documentaire, une forme de crédit reposant sur des marchandises en cours de transport principalement maritime et dont la mise en gage est réalisée au moyen du transfert au créancier des documents relatifs à ces marchandises. » (J. Bonnecase, *Traité de Droit commercial maritime*, n° 766).

Les éléments constitutifs du crédit documentaire sont : 1° l'existence d'une cargaison en cours de transport; 2° les documents relatifs à cette cargaison. Le connaissement est le document principal, en ce sens qu'il s'identifie avec les marchandises et les représente, la transmission du connaissement opérant transfert des marchandises à titre de propriété ou de gage suivant les cas.

II. - Le connaissement est l'acte par lequel le capitaine et le chargeur constatent le chargement des marchandises sur le navire et les conditions de transport. C'est donc un écrit qui sert de preuve au contrat ayant pour objet le transport des marchandises par mer; en matière maritime le contrat de transport prend le nom d'affrètement ou plus exactement se présente comme une variété du contrat d'affrètement lequel englobe toutes les conventions ayant pour objet l'exploitation du navire, soit que le propriétaire ou l'armateur loue le navire à autrui, soit qu'il s'engage moyennant un certain prix, à transporter sur ce navire des marchandises pour autrui. La notion d'affrètement comprend donc deux grandes variétés : l'affrètement location qui se ramène à un louage du navire; et l'affrètement transport qui nous intéresse seul ici et a pour objet principal sinon exclusif l'utilisation des services de l'armateur en vue du transport des marchandises.

Le connaissement qui est aujourd'hui le mode de preuve normal de l'affrètement transport est un acte sous seings privés signé du capitaine du navire; il doit contenir aux termes de l'article 281 du Code de commerce la nature et la quantité ainsi que les espèces ou qualités des objets transportés; le nom du chargeur, c'est-à-dire de l'expéditeur des marchandises, le nom et l'adresse de celui à qui l'expédition est faite, le nom et le domicile du capitaine, le nom et le tonnage du navire, le lieu du départ et celui de la destination; le prix du fret, c'est-à-dire la rémunération du transport.

Le connaissement peut être à personne dénommée, à ordre ou au porteur. Les connaissements à personne dénommée sont peu usités car leur transmission suppose une signification conformément à l'article 1690 du Code civil; à l'inverse, il en est de même du connaissement au porteur, à raison des risques de perte et de vol qu'il comporte;

c'est le connaissement à ordre qui est le plus usuel; il est généralement créé à l'ordre du chargeur pour que celui-ci le transmette par voie d'endossement.

L'article 282 du Code de commerce prévoit que le connaissement doit être rédigé en quatre exemplaires au moins : un pour le chargeur, un pour le destinataire, un pour le capitaine, un pour l'armateur. Mais en réalité deux seulement sont indispensables; l'un sera conservé par le chargeur entre les mains duquel il représentera les marchandises dont il pourra disposer soit à titre de transfert de propriété soit à titre de constitution de gage en transférant le connaissement, l'autre exemplaire, appelé connaissement-chef, est remis au capitaine pour être placé parmi les pièces de bord et présenté au destinataire.

Le connaissement a une triple fonction; il prouve le contrat d'affrètement et dans ce rôle s'est peu à peu substitué en matière d'affrètement-transport à la charte-partie prévue par le Code de commerce; il prouve la consistance du chargement, et c'était là son rôle primitif; enfin il représente ce chargement c'est-à-dire que l'individualité comme la valeur de la marchandise s'incorporent en quelque sorte au connaissement. C'est à ce titre que le connaissement joue un rôle essentiel en matière de crédit documentaire. (1)

III. - A côté du connaissement qui est le document principal, il existe des documents accessoires relatifs aux marchandises transportées. Ce sont la police d'assurances et diverses autres pièces telles que des copies de factures afférentes à la cargaison : l'assurance garantit les marchandises contre les risques de perte ou d'avaries; les copies de factures permettent aux intéressés de se rendre exactement compte de la consistance et de la valeur des marchandises données en gage.

B. - *Mise en œuvre du crédit documentaire* : 1° *La traite documentaire. - Ses différentes variétés.* — La mise en œuvre du crédit documentaire se réalise au moyen de la traite documentaire. Celle-ci est une traite tirée par l'exportateur, vendeur des marchandises qui se trouvent en cours de transport, sur l'importateur, acheteur et destinataire des marchandises ou son banquier et accompagnée des documents rela-

(1) La loi du 2 avril 1936, sur le transport par mer des marchandises, n'a en rien modifié le régime antérieur en ce qui concerne le connaissement pris comme titre représentatif des marchandises embarquées ; elle concerne uniquement la responsabilité du transporteur par mer vis à vis des chargeurs.

tifs à la cargaison. Quand la traite sera tirée sur l'importateur, l'exportateur qui aura tiré la traite la présentera ensuite à son banquier qui l'escomptera et acquerra ainsi sur l'importateur une créance garantie par le gage sur les marchandises qui résultera pour lui de la possession des documents.

Quand la traite est tirée sur un banquier, d'ordre de l'importateur, ce banquier la paiera ou l'acceptera suivant le cas, faisant ainsi ou s'engageant à faire à l'échéance l'avance des fonds à l'importateur, avance dont le remboursement sera garanti par le gage résultant de la possession des documents. Si le banquier de l'importateur s'est engagé formellement à accepter ou à payer la traite accompagné des documents à présentation nous nous trouvons en présence d'un « crédit confirmé »; dans le cas contraire, il y a crédit non confirmé; le banquier bien que libre de tout engagement, acceptera le plus souvent d'accepter ou de payer la traite sur la base des rapports d'affaire qu'il entretient avec l'importateur. Suivant les conventions qui seront intervenues entre les parties ou entre l'une d'elles et un banquier, les documents seront remis soit contre paiement de la traite (clause D-P) ou en échange de son acceptation (clause D-A). Ces conventions seront généralement indiquées non sur la traite mais sur un écrit spécial désigné sous le nom de certificat de gage ou « letter of hypothecation » qui précisera les conditions de la constitution de gage basée sur la possession des documents ; elles peuvent l'être aussi sur une simple fiche accompagnant la traite. L'engagement du banquier en cas de crédit confirmé d'accepter ou de payer toutes les traites documentaires qui seront tirés sur son client, sera pris par une lettre de crédit qui sera jointe aux documents.

Ainsi qu'on le voit la pratique de la traite documentaire peut servir à financer soit une importation soit une exportation de marchandises et a comme nous le verrons bientôt, un rapport étroit avec les ventes maritimes (V. pour plus de détails, P.-B. Vigreux, *Le crédit par acceptation, centre financier*, Thèse, Paris, 1931; Nojech Nayner, *Essai sur la technique moderne du crédit à l'exportation*, Thèse, Paris, 1931)

2° *Autres formes de crédit documentaire. - Avances sur documents. - Chèque documentaire. - Billet à ordre documentaire.* — Mais le crédit documentaire ne se ramène pas

toujours à une opération isolée et ne se réalise pas toujours au moyen de la traite documentaire. Parfois des documents sont remis à un banquier pour servir de base à une ouverture de crédit qui aura elle-même pour objet de faire face aux opérations les plus diverses. On parle en ce cas d'avances sur documents.

En outre, la pratique utilise quelquefois comme moyen de réalisation du crédit documentaire, aux lieu et place de la lettre de change, le chèque tiré sur l'acheteur ou sur un banquier chez qui l'acheteur devra faire provision; cependant cette pratique présente des inconvénients à raison de la législation spéciale du chèque et notamment de la nécessité d'une provision existant préalablement à l'émission du chèque; il faut qu'au moment de cette émission le tiré soit débiteur du tireur; or il arrive que la dette de l'acheteur s'éteigne par exemple parce qu'il refuse les marchandises qui ne répondent pas aux conditions de la vente; d'autre part cette dette n'est le plus souvent pas exigible au moment de l'émission; c'est pourquoi on s'est demandé si dans la plupart des cas, le chèque documentaire n'était pas nul pour défaut de provision; il faut remarquer à ce sujet que la provision ne peut jamais être représentée par les documents ou les marchandises mais doit toujours consister dans une créance disponible contre le tiré; cependant après quelques hésitations, la Jurisprudence a validé le chèque documentaire (Caen, 6 juin, 1882, S, 84, 2, 138; Cass., 12 mai 1885, S, 86, 1, 473; Cass., 7 janvier 1903, S, 04, 1, 209; Paris, 13 mai 1919, *Gaz. Tr.*, 26 oct. 1919); il était surtout pratiqué à Marseille pour l'achat de blés en provenance de l'Orient (V. Cohen, *Le marché des blés tendres à Marseille*, Thèse, Aix, 1914; Bouché, *Les avances sur documents maritimes*, Thèse, Bdx, 1919, n° 111).

Enfin il peut arriver que le capitaine de navire use de la faculté que lui reconnaît l'article 234 du Code de commerce d'emprunter en donnant en gage les marchandises transportées pour payer les réparations nécessitées par des avaries ou pour l'approvisionnement de l'équipage; en ce cas il souscrit un billet à ordre documentaire en qualité de mandataire de l'armateur dans l'intérêt de qui l'emprunt est fait.

C. - *Le crédit documentaire dans ses rapports avec les ventes maritimes.* — Malgré tout, le crédit documentaire se réalise le plus souvent par le moyen de la traite documentaire et apparaît le plus souvent à l'occasion d'une vente maritime. Parmi les différentes variétés des ventes maritimes, c'est la vente caf (abréviation de : coût, assurances, fret) qui donne le plus souvent lieu à un tirage documentaire; on a même voulu lier indissolublement le crédit documentaire à la vente c.a.f., (V. Crémieux, *L'individualisation de la marchandise dans la vente caf,* « Ann.de droit commercial », 1922, pp. 168, 179), ce qui est quelque peu exagéré. (V. sur ce sujet, Bonnecase, *Traité de Droit commercial maritime*, n° 739, pp. 662 et 663).

Ainsi qu'on le sait, la vente caf est une vente maritime portant sur des marchandises à spécialiser à l'embarquement et dans laquelle le vendeur s'engage en outre à organiser pour le compte de l'acheteur, le transport et l'assurance de ces marchandises moyennant un prix global représentatif de leur coût, du fret et de la prime d'assurance (d'où le nom de la vente).

La vente caf étant une vente ferme, l'importateur acheteur reçoit en quelque sorte livraison de la marchandise à l'embarquement et en devient le propriétaire dès ce moment; c'est au nom de l'acheteur et en qualité de mandataire de celui-ci que le vendeur organisera le transport et assurera la marchandise; suivant l'expression en usage, le vendeur caf doit « soigner le transport et l'assurance pour le compte de l'acheteur ». Celui-ci se trouve donc du coup dispensé d'avoir un agent outre-mer pour prendre possession de la marchandise à l'embarquement tout en étant prémuni contre les variations des cours en cours de transport.

Obligé d'engager les frais de transport et d'assurance de la marchandise, le vendeur caf sera d'autant plus désireux de toucher le prix de vente, qui non seulement lui apportera la valeur de sa marchandise mais encore le fera rentrer dans ses débours, puisque la prime d'assurance et le fret sont des éléments du prix global des marchandises. Le vendeur aura donc tendance à recourir au crédit documentaire et à tirer une traite sur l'acheteur pour l'escompter ensuite, ou sur un banquier, d'ordre de l'acheteur, pour recevoir

soit le paiement du banquier soit sa signature. On voit donc que le mécanisme et la structure même de la vente caf conduisent logiquement à l'emploi du crédit documentaire.

Au contraire dans les ventes sur embarquement et les ventes par navire désigné dans lesquelles la marchandise n'est véritablement spécialisée qu'à la livraison au port de destination, l'incertitude de cette livraison est défavorable à la pratique documentaire.

La vente fob (abréviation de franco-bord) dans laquelle le vendeur s'engage à livrer les marchandises le long du bord du navire, le transport devant être effectué par les soins de l'acquéreur qui en prend ainsi livraison avant l'embarquement ne constitue pas à proprement parler une vente maritime; elle peut cependant donner lieu à une traite documentaire au cas où l'acheteur ne paie pas le prix de vente au moment de la livraison et où il laisse comme garantie les documents au vendeur, ce dernier pouvant alors tirer une traite documentaire et l'escompter à son banquier.

§ 2. *Nature et caractères du crédit documentaire.* — I. - Ainsi que nous l'avons déjà indiqué le crédit documentaire s'analyse en définitive en une constitution de gage sur les marchandises transportées représentées par les documents et principalement par le connaissement. Nous nous trouvons donc en présence d'un cas particulier d'application de la notion de titre représentatif d'une chose mobilière, notion que nous avons déjà rencontrée à propos du warrant commercial (V. plus haut p. 76).

Il serait donc exagéré de voir dans l'institution du crédit documentaire une marque du « particularisme » du Droit maritime (V. J. Bonnecase, *Le Droit commercial maritime, son particularisme*, Paris, Sirey, 1931); la pratique commerciale du crédit documentaire n'est qu'une application à une branche particulière du Droit, d'un principe général relevant de l'ensemble du Droit privé.

On a parfois qualifié la possession du porteur de connaissement de possession « symbolique » ou « fictive »; en réalité ces termes sont inexacts; la loi de 1863 et l'article 93 nouveau du Code de commerce n'ont créé aucune fiction en identifiant la possession du connaissement à celle des marchandises;

ces dispositions législatives ont simplement précisé les conditions de fait que la loi prend en considération pour déterminer la possession des marchandises en cours de route. En effet ainsi que nous le verrons ultérieurement dans notre seconde partie, si la possession est en soi un fait matériel elle est en même temps un fait juridique c'est-à-dire un fait auquel la loi dans certaines conditions attache des effets de droit ; or la loi peut imposer les caractères auxquels elle reconnaîtra l'existence de l'élément de fait, du «*corpus*» générateur de la possession grâce à son union avec l'élément intentionnel; elle peut notamment faire figurer parmi ces éléments, la détention d'un titre représentatif de la chose; en pareil cas, les personnes qui se trouveront en contact matériel avec la chose seront considérées comme des détenteurs pour le compte du détenteur du titre qui seul sera possesseur, à la condition de joindre à cette détention, « l' animus » c'est-à-dire l'intention de se comporter en possesseur.

II. - L'explication que nous donnons ainsi du crédit documentaire et de la possession du porteur du connaissement est loin d'être admise par tous.

Certains auteurs (V. G Marais, *Du gage commercial spécialement en matière maritime*, Thèse, Paris, 1895, p. 96) y voient simplement un gage où la possession est exercée par un tiers convenu pour le compte du créancier; ce tiers convenu étant le capitaine de navire; la conséquence est que lorsque le capitaine s'est dessaisi des marchandises, le porteur du connaissement qui ne se les a pas fait délivrer, n'est plus possesseur ; en effet la possession étant composée de deux éléments *corpus* et *animus*, le capitaine exerce le *corpus* pour le compte du porteur du connaissement, celui-ci ayant l'*animus*; lorsque le *corpus* n'est plus exercé par le capitaine, la possession cesse. Mais, ainsi que le fait remarquer Jonquières (*Des traites documentaires; Droits et devoirs du porteur*, Thèse, Paris, 1899) on peut se demander alors en quoi la possession du connaissement est nécessaire : si le *corpus* de la possession est constitué uniquement par la détention matérielle des marchandises par le capitaine, la seule intention de posséder par l'intermédiaire du capitaine devrait suffire et la perte du connaissement ne devrait pas

entraîner la perte de la possession; or tout le monde est d'accord pour admettre que la détention du connaissement est un élément nécessaire de la possession.

III. - Une autre opinion, à la vérité à peu près abandonnée aujourd'hui, fait du crédit documentaire une opération reposant sur un gage de créances : le connaissement serait un titre de créance contre le capitaine tenu de délivrer la marchandise au porteur; c'est ainsi que M. Hémard (*Du gage commercial constitué par l'intermédiaire d'un tiers*, « Ann. de Droit commercial », 1902, p. 106) écrit : « Le gage par l'intermédiaire d'un titre constitue le plus souvent, sinon en principe un gage sur une créance et notamment la présence d'un titre peut venir changer la nature du gage. » (V. aussi Thaller et Percerou, n° 1027) ; une telle opinion se heurte au texte formel de l'article 93 du Code de commerce d'où il résulte que le porteur du connaissement a réellement la possession des marchandises; elle ne peut s'expliquer que par l'analogie existant entre les titres représentatifs des choses mobilières (connaissement, warrant etc...) et les titres représentant des créances ou des parts d'associés (actions et obligations...); mais cette analogie n'est qu'apparente puisque dans le premier cas, il y a derrière le titre un meuble corporel susceptible d'être l'objet du droit de gage, tandis que dans le second le titre ne représente qu'une valeur incorporelle ne s'identifiant pas avec une chose matérielle (V. sur ce point, Rouvière, *Des avances sur marchandises*, Thèse, Aix, 1913, p. 4).

IV. - On a aussi assimilé le droit du porteur du connaissement au droit reconnu au porteur d'une lettre de change sur la provision par la Jurisprudence et consacré par l'article 116 du Code de commerce depuis la loi du 8 février 1922; en vertu de ce texte « la propriété de la provision » est transmise de droit aux porteurs successifs de la lettre de change; certains arrêts déjà anciens semblaient admettre que le connaissement et les marchandises qu'il représente constituaient la provision de la traite documentaire (V. Cass., 17 août 1859, D, 59, 1,347 ; Trib. comm., Bx, 29 sept. 1874 ; Mém. Bdx, 74, 1, 378); Caen, 6 juin 1882, S, 84, 2,138); Faillié (*Du crédit documentaire dans l'économie moderne*, Thèse, Paris, 1924, p. 109) admet que « le connaissement joint à la

traite et les marchandises qu'il représente peuvent être considérés comme constituant la provision de l'effet documentaire » et prenant à la lettre l'expression jurisprudentielle consacrée par le législateur voit dans le droit du porteur un véritable droit de propriété.

Mais cette théorie repose sur une confusion; la Jurisprudence admet aujourd'hui que la provision ne peut consister que dans une créance du tireur sur le tiré, ou suivant certains arrêts « dans une somme dont celui-ci est redevable au tireur »; elle ne peut donc en aucun cas consister dans des marchandises (V. J. François, *La propriété de la provision en matière de lettre de change*, Thèse, Bdx, 1929).

V. - A. - Enfin on a soutenu que le crédit documentaire n'avait aucun rapport avec la théorie du gage et s'analysait en une vente à réméré; c'est la thèse de M. A. Faillié (*Du crédit documentaire dans l'économie moderne. Ses rapports avec la vente à réméré*, Thèse, Paris, 1924). L'auteur analyse les différents cas dans lesquels il peut y avoir lieu à crédit documentaire; pour lui, il n'y a véritablement constitution de gage que dans le cas où les documents ont été donnés par l'acheteur ou importateur au profit de son banquier en garantie d'une ouverture de crédit faite par celui-ci et réalisée par un paiement; il en donne comme raison que dans ce cas le connaissement n'a été remis que pour sûreté, comme accessoire d'une dette préexistante et principale.

Encore excepte-t-il le cas où le vendeur tire, d'ordre de son acheteur une traite documentaire sur le banquier de son débiteur; dans ce cas, dit Faillié, « en somme l'acheteur tire sur le banquier une traite dont le vendeur est le bénéficiaire et à laquelle sont joints les documents; le banquier est invité à payer la valeur des marchandises contre la mise en possession d'une provision qui consiste dans les marchandises elles-mêmes. Nous nous trouvons donc en présence d'une convention nettement synallagmatique et principale où le montant du crédit apparaît comme le prix d'achat d'un droit réel ».

Envisageant ensuite le crédit à l'importation réalisé par acceptation, dans l'hypothèse d'un crédit non confirmé, il déclare : « Ici encore, le vendeur tireur pour compte devient bénéficiaire d'une traite que le tiré, c'est-à-dire le

banquier n'acceptera qu'autant que la provision correspondante lui aura été remise en toute propriété... L'hypothèse d'un prêt ne peut ici se concevoir sérieusement. Le banquier ne fait plus aucun paiement; il se borne à prêter sa signature en acceptant une traite contre remise des documents qui lui sont attachés et il est bien entendu que lors de l'échéance de la traite, le client fournira les fonds... Nous nous trouvons bien en présence d'une vente faite au donneur de crédit par le vendeur d'accord et pour le compte de l'acheteur, le bénéficiaire réel du crédit devant exercer le droit de réméré qui lui est dévolu à l'échéance même de la traite ». Dans l'hypothèse du crédit « confirmé », Faillié voit un aval donné par acte séparé par le banquier aux traites émises sur son client; il ajoute : « Le banquier s'engage à accepter des traites tant vis-à-vis de son client que de tous ceux auxquels la lettre sera notifiée mais il ne sera réputé obligé qu'autant qu'il y aura provision. Ce sont là nettement des conventions principales et synallagmatiques et non seulement bilatérales mais même trilatérales puisqu'elles comportent des droits et des obligations pour trois personnes ».

L'auteur examine alors l'hypothèse du crédit ouvert au vendeur au cas où celui-ci escompte la traite à un banquier; après avoir identifié les documents et les marchandises qu'ils représentent avec la provision de la traite documentaire et indiqué que ni la faillite du tireur ni le refus du tiré de prendre livraison des marchandises ne peuvent porter atteinte aux droits du porteur, il en vient à faire du droit du porteur du connaissement un véritable droit de propriété sous condition résolutoire : « En résumé, conclut-il, il est donc rationnel de penser que nous nous trouvons en présence d'une véritable vente à réméré dont le mécanisme serait le suivant : la vente du tireur au tiré serait faite sous condition suspensive, cette condition étant l'exercice du réméré dans les délais soit par le tireur, soit par le tiré agissant pour le compte du tireur. Vis-à-vis du tiers porteur, le tiré se présenterait comme un simple mandataire du tireur, au même titre que le commissionnaire sur lequel le propriétaire de la marchandise peut à l'occasion tirer une traite documentaire. La traite documentaire devient donc l'assemblage d'une vente sous condition suspensive entre le tireur et le tiré et

d'une vente sous condition résolutoire entre le tireur et le tiers porteur ».

L'auteur tirant la conséquence des développements précédents, conclut ainsi : « Sauf le cas extrêmement rare où les parties auront point par point déterminé leurs droits réciproques dans les limites du contrat de gage et où elles se seront tenues dans ces limites lors de l'exécution des conventions, ce qui est encore plus rare, la majorité des opérations commerciales connues sous le vocable de crédit documentaire se résumeront en des ventes à réméré d'une espèce très banale ».

B. - Nous avons tenu à reproduire les développements essentiels de cet auteur, tant à raison de leur originalité et de leur ingéniosité que par suite de l'intérêt qu'ils présentent pour une théorie générale du gage, puisqu'ils ne tendent à rien moins qu'à amputer cette notion d'une partie très importante de son domaine d'application; s'il fallait l'en croire, ce serait à tort que Doctrine et Jurisprudence auraient considéré jusqu'ici les opérations ressortissant au crédit documentaire comme se traduisant par une constitution de gage sur des marchandises en cours de transport maritime. Mais nous ne pensons pas qu'il soit possible d'admettre cette théorie : tout d'abord, son auteur pour soutenir son argumentation, est obligé d'assimiler continuellement les marchandises représentées par les documents à la provision de la traite documentaire et nous avons déjà fait justice de cette assimilation; il est même obligé de faire du droit du porteur sur la provision, un véritable droit de propriété alors qu'il est universellement admis que ce droit s'analyse soit en un privilège soit en une spécialisation du gage du créancier chirographaire sur un élément du patrimoine de son débiteur (V. François, thèse précitée); d'autre part la vente caf étant des ventes maritimes celle à l'occasion de laquelle le tirage documentaire est le plus usuellement pratiqué, l'auteur est obligé pour les besoins de sa théorie d'en dénaturer les caractères et d'en faire une vente sous condition suspensive, alors qu'il s'agit, comme nous l'avons indiqué plus haut d'une vente ferme dont tous les éléments sont réunis au moment de l'embarquement et qui rend l'acheteur propriétaire à ce moment; enfin, il est manifeste que cette

théorie est contraire à l'intention des parties; le banquier qui fait une avance sur documents ou escompte une traite documentaire n'entend nullement se poser en acheteur de la cargaison; il réalise simplement une opération de banque et ne considère les marchandises et les documents que comme des garanties accessoires destinées à lui assurer le remboursement de ses avances ou des débours que peuvent entraîner les engagements qu'il prend.

§ 3. *De qui émane la constitution du gage dans le crédit documentaire.* — Etant admis que le crédit documentaire repose sur une constitution de gage, on peut se demander de qui émane cette constitution. Il n'y a pas de difficultés lorsque le crédit est ouvert à l'acheteur; en effet celui-ci dans le cas le plus usuel qui est celui de la vente caf est devenu propriétaire des marchandises à l'embarquement; il peut donc valablement les donner en gage soit directement, soit en priant le vendeur d'émettre sur lui ou son banquier une traite garantie par les documents. Mais lorsque le vendeur escompte la traite documentaire pour obtenir immédiatement (sous réserve de l'escompte) le prix de vente des marchandises pour lequel il a accordé un délai à l'acheteur, on peut se demander si le gage ainsi constitué par le vendeur au profit de son banquier n'émane pas d'un non-propriétaire puisque le vendeur a perdu depuis l'embarquement la propriété des marchandises. En réalité il faut considérer que les parties en convenant lors de la conclusion de la vente que le prix en serait réglé par une traite documentaire, ont par là même constitué au profit du vendeur en garantie du paiement du prix un gage sur les marchandises, gage que celui-ci transmet au banquier en même temps que la créance du prix qu'il est destiné à garantir. (1)

---

(1) A ce sujet, il a été jugé que le fait par un vendeur c. a. f. de conserver le connaissement d'accord avec l'acheteur pour revendre les marchandises à défaut de paiement, ne peut se justifier que par un nantissement qui lui a été consenti (Paris, 7 Janvier 1927, S, 27, 2, 37 - V. cependant en sens contraire avec des circonstances de fait différentes, Dijon, 25 Avril 1928, D. H, 28, p. 406.)

§ 4. *Difficultés résultant de la pluralité des connaissements.* — Le fonctionnement du crédit documentaire est parfois contrarié par la pluralité des connaissements. Nous avons vu en effet que le connaissement pouvait être rédigé en plusieurs exemplaires et que même l'article 282 en exigeait quatre, sans que son exigence fut néanmoins d'ordre public. Bien que deux exemplaires seulement suffisent dont l'un est remis au capitaine et l'autre conservé par le chargeur, il peut en pratique en être rédigé davantage; or les différents exemplaires restés entre les mains du chargeur auront pu être endossés à des personnes différentes soit à des dates différentes soit à la même date.

Ces endossements peuvent avoir eu lieu soit en vue de transférer la propriété soit à titre de gage. Des conflits peuvent donc surgir soit avant l'arrivée des marchandises soit après leur délivrance, entre plusieurs acheteurs de la cargaison ou entre plusieurs créanciers gagistes ou enfin entre un acheteur et un créancier gagiste.

A. - *Conflits survenant avant la délivrance de la cargaison.* — Lorsque ces conflits surgissent avant que la cargaison n'ait été livrée, le porteur de l'endossement le plus ancien exclut les autres sur le fondement des articles 1141 et 2076 du Code civil, comme ayant été le premier mis en possession et ayant conservé cette possession en ne se dessaisissant pas du connaissement (Rouen, 7 mai 1887, *Rev. internat. de Droit maritime*, 3, 414).

Au cas où les endossements sont de même date, la Cour de cassation par l'arrêt de principe Bossière-Brochner du 12 mai 1885 (S, 86, 1, 473, D, 85, 1, 185) a décidé que les porteurs des connaissements ainsi endossés simultanément viendraient en concours sur le prix des marchandises.

B. - *Conflits survenant après la délivrance.* — La solution à donner au conflit est beaucoup plus controversée dans l'hypothèse où les marchandises ont été délivrées par le capitaine et où cette délivrance a été faite au profit du porteur de l'endossement le plus récent. On peut se demander alors si le porteur de l'endossement le plus ancien a conservé la possession des marchandises et s'il peut se retourner contre leur détenteur pour faire valoir son droit de préférence.

a) *Solution jurisprudentielle.* — Un arrêt de principe de la Cour de cassation, l'arrêt Wolf Genestal du 31 mai 1892 (S, 94, 1, 81; note Lyon-Caen; D, 94, 1, 185, Note Levillain; *Revue internat. de Droit maritime*, VII, 646), confirmant un arrêt de la Cour de Rouen du 27 mai 1889, (*Rev. internat. de Droit maritime*, V, 186) a consacré formellement le droit du porteur de l'endossement le plus ancien et lui a reconnu le droit de se prévaloir de son droit de préférence, en dépit de la livraison matérielle des marchandises à un tiers. « Attendu, dit la Cour de Rouen, que la priorité doit appartenir au créancier premier en date, s'il a conservé la possession de la chose donnée en gage; qu'aux termes de l'article 92, du Code de commerce, la possession du créancier peut être matérielle ou symbolique; qu'elle se manifeste, soit par une détention réelle de la chose dans les magasins ou navires de celui-ci, soit par la tradition fictive qui lui en est faite au moyen de la remise du connaissement; mais quelle qu'elle soit, elle a dans tous les cas, la même valeur et produit les mêmes effets juridiques; que l'une n'a pas de prééminence sur l'autre; que vainement, on prétend qu'en fait de meubles, possession vaut titre, parce que le créancier saisi du connaissement possède concurremment avec le créancier qui détient la marchandise et que la possession de celui-ci n'a pas le caractère exclusif pour l'accomplissement d'une prescription quelconqie; que vainement on prétend que le connaissement une fois « accompli », il n'y a plus de place pour la possession symbolique; que ce fait peut sans doute, dégager le capitaine de toute responsabilité vis-à-vis des autres porteurs de connaissement; mais qu'il est sans importance dans les rapports des créanciers gagistes; que leur situation reste après l'accomplissement du connaissement ce qu'elle était avant, si l'objet du gage subsiste toujours ».

b) *Opinions doctrinales.* - I. Ces décisions ont été vivement critiquées par une partie importante de la doctrine. Lyon-Caen et Renault (V. n° 726) après avoir exposé la solution jurisprudentielle la combattent en ces termes : « Selon nous, au contraire, la délivrance des marchandises assure la préférence au porteur qui l'a obtenue, fut-il le second porteur en date. L'opinion opposée méconnaît les règles sur les conditions de la conservation du privilège

du créancier gagiste à l'égard des tiers. Pour qu'un créancier gagiste puisse invoquer son privilège contre les tiers, il faut sans doute avant tout qu'il ait été mis en possession. Mais cela ne suffit point; il faut encore qu'il *conserve* cette possession (art. 2076, C. civ., art. 92 C. com.) et il ne la conserve qu'autant qu'il continue à avoir le gage à sa disposition. Or ce n'est pas là ce qui se rencontre pour le premier porteur en date du connaissement, quand le second s'est fait délivrer les marchandises par le capitaine. Sans aucun doute, il a eu la possession des marchandises et il l'a eue le premier, ce qui les choses restant en l'état, lui assurerait la préférence. Mais précisément, il y a eu en fait et en droit une modification profonde dans la situation. Par suite de la délivrance des marchandises faite par le capitaine au second porteur en date, le premier porteur a cessé d'avoir la possession des marchandises. En effet pour être possesseur d'une chose, il faut l'avoir à sa disposition. Le premier porteur en date avait bien les marchandises à sa disposition, tant que le capitaine les détenait pour lui. Mais il a cessé d'en être ainsi, le jour où le capitaine a cessé de les détenir pour les remettre au second porteur en date » (V. aussi la note Lyon-Caen précitée au S, 94, 1, 81).

Ripert (*Droit maritime*, II, n° 1763) et G. Marais (*Du gage commercial, spécialement en matière maritime*, Thèse, Paris, 1895, p. 101; *Du crédit documentaire*, Paris, 1922, p. 81) se prononcent dans le même sens.

Remarquons en passant que la plupart de ces auteurs donnent une solution inverse lorsque le conflit s'élève entre deux acheteurs; en ce cas d'après eux, le premier porteur en date sera préféré au second même si celui-ci a obtenu la délivrance des marchandises (Lyon-Caen et Renault, V, 725-27, Ripert, II, 1729-39; 1749-55); la raison qu'ils en donnent est que l'acheteur ayant été mis le premier en possession a acquis la propriété des marchandises conformément à l'article 1141 du Code civil et que la délivrance du second acheteur si elle lui fait perdre la possession ne lui fait pas perdre la propriété; c'est oublier que le second acheteur pourra, s'il est de bonne foi et s'il a acquis la possession, comme le supposent ces auteurs, opposer à la

revendication du premier l'article 2279 et la maxime : « En fait de meubles, possession vaut titre ».

II. - Certains auteurs approuvent au contraire pour des motifs divers la solution jurisprudentielle. Jonquières (*Des traites documentaires, Droits et devoirs du porteur*, Thèse, Paris, 1899, p. 172) admet que la possession du gagiste n'est pas perdue par la remise des marchandises à un tiers; il invoque le droit romain qui avait fini par admettre, sous Justinien que la possession peut être retenue *animo solo*; « Le second endossataire supposé de bonne foi, a pris possession des marchandises, soit. Mais il n'a pu empêcher que le premier ne conservât l'*animus possidendi* sur la chose dont son contradicteur a obtenu la délivrance de la part du capitaine ».

M. Levillain (Note D, 89, 2, 81 et Note D, 94, 1, 186) repousse l'expression de possession symbolique dont se sert la Jurisprudence pour désigner la possession du porteur du connaissement : « L'expression d'aspect quelque peu archaïque est en outre inexacte; car la tradition opérée dans ces conditions n'a rien de fictif; le porteur du connaissement *détient réellement* la chose puisque'elle *se trouve à sa disposition*; il la détient comme il la détiendrait si elle était placée dans ses magasins ». En conséquence, « la livraison même matérielle qui par la suite aurait lieu entre les mains de tel ou tel autre, ne saurait porter atteinte à ses droits ».

Il distingue dans le connaissement, le titre de créance qui fait preuve du chargement à l'égard du capitaine et qui se trouve éteint en tant que tel par la remise de bonne foi au porteur d'un connaissement régulier, et le titre représentatif de la marchandise qui subsiste. « On ne peut pas dire a *priori* que celle des diverses personnes ayant reçu des exemplaires du connaissement à qui la marchandise a été remise uniquement par ce qu'elle s'est présentée la première, l'a appréhendée pour son compte personnel et exclusif; elle en a pris livraison pous le compte de qui de droit et sauf règlement ultérieur ». Elle se trouve donc « dans la situation du capitaine qui détient pour le compte du véritable possesseur ou du consignataire de l'article 306 du Code de commerce qui prend livraison pour le compte de qui de droit ».

Cette opinion est partagée par Simon (*Du dessaisissement du débiteur dans le contrat de gage*, Thèse, Bordeaux, 1902, p. 75) : « La possession doit être considérée comme irrévocablement conférée par la constitution de gage.

Le premier porteur a été saisi (art. 92) par le connaissement. La délivrance ultérieurement opérée par le capitaine ne saurait influer sur cet état de fait... Les marchandises sont en effet représentées par le connaissement; tant que le créancier gagiste possède le titre, il reste saisi; sa possession est continue. Ses droits sont exclusifs de ceux d'un deuxième créancier gagiste ».

M. Bonnecase (*Traité de droit commercial maritime*, n° 772, p. 685) approuve entièrement la solution jurisprudentielle « Nous estimons quant à nous, écrit-il, que la solution de la jurisprudence est parfaitement fondée et répond seule à la fonction du connaissement comme moyen de transmission de la possession... Si le connaissement a en effet pour résultat de conférer la possession des marchandises à celui à qui il a été d'abord endossé, ce dernier conservera cette possession, tant qu'il détiendra le connaissement; aucun endossement postérieur ne pourra la lui enlever; il en sera de même d'une remise matérielle des marchandises ».

Cet auteur, tout comme M. Levillain, repousse la distinction de la possession en possession matérielle et en possession symbolique : « Cette distinction n'a jamais été dans l'esprit du législateur; celui-ci n'a conçu qu'une notion unique de la possession reposant toujours sur l'union intime d'un élément de fait et d'un élément intentionnel; la seule variante que présente l'élément de fait, c'est de pouvoir consister soit dans un contact matériel de la personne et de la chose, soit dans un contact où la chose est représentée par un titre juridique adéquat comme le connaissement ou par une formalité juridique également adéquate, comme la mutation en douane. Mais jamais le législateur n'a distingué, quant aux effets de la possession suivant les variantes de l'élément de fait ».

c) *Observations critiques.* — Pour notre part, nous nous rangeons entièrement à cette dernière opinion; l'opinion adverse est basée sur une conception étroitement matérialiste de la possession et fait abstraction du rôle du connaissement

qui représente véritablement les marchandises quant à la possession sur la base de l'article 92 du Code de commerce; tant que le connaissement subsiste entre les mains du premier porteur, celui qui est en contact matériel avec les marchandises, qu'il s'agisse du capitaine ou d'un tiers, ne pourra être que détenteur des marchandises pour le compte du porteur du connaissement qui est le seul à avoir une possession reconnue légalement; il n'est pas besoin pour arriver à ce résultat de supposer que ce porteur retient la possession *animo solo*; en réalité l'élément de fait existe réellement en l'espèce sous la forme de la détention du connaissement qui lui a été régulièrement transmis; l'autre élément de fait, c'est-à-dire le contact matériel avec la chose apparaît comme subordonnée à cette possession du connaissement, et le porteur du connaissement endossé ultérieurement qui ne pouvait pas se prévaloir de cet endossement vis-à-vis du premier avant la délivrance des marchandises se trouve placé par cette délivrance, dans la même situation que le capitaine qui détenait les marchandises avant lui, c'est-à-dire qu'il détient pour le compte de celui à qui la possession a été régulièrement transférée; et celui-ci pourra lui demander la restitution des marchandises comme il aurait pu le faire au capitaine avant la délivrance.

Quoiqu'il en soit, il est certain que la pluralité des connaissements est de nature à nuire au bon fonctionnement du crédit documentaire. Aussi différents projets ont-ils été mis en avant afin de remédier à cette difficulté; une proposition de loi a été déposée à la Chambre en 1895 mais sans qu'il y ait été donné suite; on propose généralement de distinguer entre les différents exemplaires du connaissement ceux qui pourront être transférés par endossement et ceux qui ne pourront pas l'être; d'après certains projets un seul exemplaire du connaissement serait transférable, les autres n'étant que des pièces comptables; d'autres prévoyent l'existence de plusieurs connaissements transférables, chacun d'eux indiquant le nombre d'exemplaires transférables émis; certains auteurs, notamment Jonquières (op. cit., p. 245 et s.) proposent de charger la Douane du port d'embarquement de tenir un registre sur lequel pourraient être transcrits les endossements; mais bien que tous les auteurs

reconnaissent l'utilité d'une réforme législative en cette matière, cette réforme n'a pas été encore réalisée.

§ 5. *Difficultés résultant de l'existence du « delivery-order » Caractères de celui-ci.* — D'autres difficultés peuvent surgir pour le bon fonctionnement du crédit documentaire de l'existence à côté du connaissement du « delivery order » On désigne par ce terme un écrit adressé sous forme de lettre au capitaine du navire ou au consignataire de la cargaison et dont le but est de fractionner le chargement en donnant l'ordre au capitaine ou au consignataire de délivrer une partie de la marchandise au porteur de cet écrit.

Pendant longtemps le « delivery order » fut considéré comme un simple bon de livraison et non comme une « coupure » du connaissement ayant comme lui la qualité de titre possessoire; la jurisprudence et la doctrine décidaient même que le porteur du delivery order n'avait aucun droit contre le capitaine du navire et ne pouvait s'adresser qu'au consignataire de la cargaison (Ripert, II, 435; Cass., 17 nov. 1886, S, 87, 1, 425 Cass., 13 mai 1895, S, 96, 1, 342; Trib. comm., Marseille, 19 juillet 1910; *R. internat. de Droit maritime*, 26, 511 et 6, janvier 1908, *Jurisprud.*, Marseille, 08, 1, 169) - Bouché (*Les avances sur documents maritimes*, Thèse, Bordeaux, 1919, p. 39) examinant sur la base de cette jurisprudence, la valeur du « delivery order » en tant qu'instrument de crédit, s'exprimait ainsi : « Il ne s'agit plus d'une sûreté réelle avec ses avantages supérieurs puisque ce titre *ne constitue pas un titre possessoire*; nous sommes en présence d'une *sûreté personnelle* puisque le bon de livraison relate *la créance du consignataire de la cargaison* à qui il est adressé; cette créance doit donc finalement être évaluée en considération de l'honorabilité et de la solvabilité du débiteur, le commissionnaire-transitaire qui l'accepte, ou du banquier détenteur du connaissement qui le vise « pour accord ».

... La situation du banquier serait particulièrement défavorable dans le cas où il serait porteur d'un delivery order dégagé pour le compte d'un acheteur chez un banquier détenteur du connaissement et que cet acheteur tombe en faillite. Le porteur du bon de livraison serait certainement dans ce cas soumis à la loi du dividende. Le delivery-order

est donc un titre de créance et comme tel il est dépourvu des avantages offerts par les sûretés réelles ».

Mais la jurisprudence semble marquer une évolution au sujet de la nature du « delivery order » et avoir une tendance à le distinguer du simple bon de livraison pour en faire une véritable coupure du connaissement avec tous les droits inhérents à ce titre; c'est du moins ce qu'on peut inférer d'un jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 29 novembre 1921 (*Rev. internat. de Droit maritime*, 34, 183) qui déclare que le delivery order « n'est en réalité que la représentation d'une partie du connaissement auquel il se réfère et transmet à celui à qui il a été remis une partie des droits afférents au dit connaissement... », connaissement « dont il est en fait une coupure ou un fractionnement », alors que le bon de livraison « n'est autre chose qu'un ordre donné par le propriétaire d'une marchandise à l'entrepositaire qui l'a sous sa garde de remettre la dite marchandise à celui qui se présentera » et ne donne à celui qui l'a reçu « d'autre droit que celui de se présenter chez le détenteur de la chose achetée pour en prendre livraison ou de refuser la marchandise si elle n'est pas conforme à la vente ».

Bien que cette tendance jurisprudentielle soit combattue par la doctrine qui voudrait maintenir au « delivery-order » sa qualité de simple bon de livraison (V. G. Marais, *De la nature juridique du delivery-order*, « Rev. internat. de Droit maritime », 34, pp. 78-89), on peut dire que la pratique qui a doté le delivery-order de la clause à ordre et dans les usages bancaires l'assimile au connaissement, tend de plus en plus à en faire un véritable titre possessoire comme fraction ou « coupure » du connaissement. Mais il est alors évident qu'en cas de réforme législative concernant le connaissement, il faudrait réglementer également le delivery-order et exiger la mention de ce titre sur le connaissement transférable sous peine de retomber dans les difficultés résultant de la pluralité des connaissements.

Section VI.

Observation sur le gage des navires avant la création de l'hypothèque maritime.

Les navires constituent incontestablement des biens mobiliers; mais ce sont des meubles d'un caractère spécial tant à raison de leur importance que de l'usage particulier auquel ils sont destinés. Aussi, bien qu'en principe les meubles ne soient pas susceptibles d'hypothèque, la loi du 10 décembre 1874 remplacée ensuite par la loi du 10 juillet 1885 organisa pour eux l'hypothèque maritime.

En effet le gage, qui avant 1874 était à raison de la prohibition des articles 2118 et 2119 du Code civil la seule sûreté applicable aux navires présentait de grandes difficultés en cette matière à raison de la nécessité de la mise en possession du créancier.

Or un navire constitue une valeur importante que son propriétaire peut vouloir utiliser comme moyen de crédit tout en gardant jusqu'à l'échéance le droit de l'exploiter comme moyen de transport maritime, ce qu'il n'eût pu faire s'il lui avait fallu en remettre matériellement la possession à son créancier.

La jurisprudence avait, avant la création de l'hypothèque trouvé le moyen de tourner la difficulté et de concilier les nécessités pratiques avec les principes du gage en décidant que la mise en possession du navire au profit du créancier gagiste serait réalisée par la mention du nantissement sur les registres de la douane et sur l'acte de francisation (Pau, 24 mars 1884, S, 85, 2, 132; confirmé par Cass., 11 février 1885, S, 86, 1, 117).

Cette jurisprudence a perdu à peu près tout son intérêt pratique depuis la création de l'hypothèque maritime; mais elle n'en est pas moins intéressante, d'une part en ce qu'elle corrobore la théorie qui fait de la mutation en douane un moyen d'acquisition de la possession des navires (V. Bonne-

case, *Traité de droit maritime*, n^os^ 290 et s., pp. 305 et s.), d'autre part en ce qu'elle annonçait la création dans d'autres domaines des gages dits « sans dépossession » que nous retrouverons plus loin et où la mise en possession du créancier résulte soit de la possession d'un titre soit d'une formalité de publicité prévue par la loi. C'est pourquoi nous avons cru utile de la signaler.

CHAPITRE III.

Du gage des biens mobiliers incorporels.

De l'article 2075 du Code civil il résulte que le droit de gage peut porter, moyennant certaines conditions spéciales, sur les « meubles incorporels, tels les créances mobilières ».

Dans le système du Code civil qui fait de la plupart des biens incorporels, des meubles, la seule sûreté qui leur soit applicable est évidemment le gage.

Mais on peut se demander si d'une part les biens incorporels n'échappent pas en réalité à la distinction des meubles et des immeubles et si, d'autre part, les droits qui peuvent affecter ces biens, ou plus exactement leur valeur à la sûreté d'une créance peuvent être réellement assimilés aux droits de gage qui peuvent frapper les meubles corporels.

Pour cela il faut évidemment savoir ce que c'est qu'un bien incorporel et de quels droits il est susceptible. Cela est d'autant plus nécessaire que la doctrine est généralement assez vague sur la notion de bien incorporel.

On peut prendre en Droit le mot : bien, dans deux sens; au sens strict les biens sont les choses matériellement utiles à l'homme ou richesses en tant qu'elles sont appropriées, c'est-à-dire qu'elles font l'objet de droits réels; en ce sens, tous les biens sont corporels; au sens large, les biens sont tout ce qui présente une valeur économique et peut être utilisé d'une façon privative par l'homme, en tant que cette utilisation est assurée juridiquement au moyen de droits dont la nature et le régime juridique sont appropriés à la nature de leurs objets; en ce sens sont des biens outre les choses matérielles, les actions utiles des hommes c'est-à-dire les services, et les produits de l'intelligence; ces derniers ne sont d'ailleurs,

comme l'ont montré MM. Josserand (*Cours de droit civil positif français*, I, nos 1513 et s.) et Bonnecase (*Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, V, nos 348 et s.), susceptibles d'une utilisation privative que s'ils sont concrétisés dans un symbole extérieur qui sert pour ainsi dire de support à ce qu'on a appelé les droits réels intellectuels (droit de propriété industrielle, littéraire ou artistique). Les services des hommes et les œuvres intellectuelles (en entendant par là tous les produits de l'intelligence humaine susceptibles d'exploitation économique), en tant qu'ils font l'objet des droits dont ils sont susceptibles (droits de créance et droits réels intellectuels) peuvent être considérés comme des biens incorporels.

En outre certains biens corporels ou incorporels peuvent être utilisés non seulement isolément mais encore globalement, réunis à d'autres biens de même nature ou non et considérés au point de vue de cette utilisation globale comme un seul bien (universalité de fait), dont la nature ainsi que celle des droits dont il est susceptible varie avec la nature de ses éléments composants et le mode d'utilisation globale dont ils sont susceptibles.

Nous ne parlerons pas pour l'instant des universalités de droit qui ne sont pas par elles-mêmes des biens pouvant faire l'objet de droits; mais des ensembles de droits et d'obligations ou si l'on veut de biens actifs et passifs (en désignant par ce dernier terme les obligations ou dettes dont répond l'universalité) liés les uns aux autres.

En définitive l'objet des droits réels proprement dits (choses et leurs utilités économiques) est corporel; celui des autres droits patrimoniaux est incorporel.

Ce n'est cependant pas en ce sens que les Romains ont employé et que la doctrine a conservé le terme de bien incorporel; en opposant les biens corporels et les biens incorporels, les Romains opposaient au fond le droit de propriété qu'ils identifiaient avec son objet et les autres droits, y compris les *jura in re aliena*, c'est-à-dire les droits réels démembrés de la propriété (usufruit, servitudes, etc...); les auteurs modernes ont rectifié l'erreur venant de la confusion de la propriété et de son objet, mais en ont commis une plus grande encore, en faisant de tous les droits, y compris

celui de propriété, envisagés indépendamment de leur objet, des biens incorporels pouvant à leur tour faire l'objet de certains droits. Cela a conduit certains auteurs, comme nous le verrons ultérieurement dans notre seconde partie, à considérer les droits comme des choses extérieures susceptibles de droits réels et à parler de droits réels portant sur des droits de créance, ce qui aboutit à un renversement de ces notions juridiques dont on s'est prévalu en faveur de la suppression de la distinction des droits réels et des droits de créance. On ne s'est pas aperçu que si les droits doivent en effet être distingués de leurs objets, ils n'ont envisagés séparément, aucune valeur économique propre, parce qu'étant des pouvoirs de volonté en vue de la satisfaction d'un intérêt, ils ne sont que des *moyens* d'utilisation des richesses, des services ou des productions intellectuelles qui peuvent seules faire l'objet de droits.

Les biens incorporels, au sens où nous l'entendons, c'est-à-dire le service ou pour employer un terme juridique la prestation qui fait l'objet d'un droit de créance, l'idée incarnée dans un symbole extérieur et susceptible d'exploitation économique qui fait l'objet d'un droit de propriété industrielle, littéraire ou artistique, ne sont pas seulement susceptibles d'une utilisation directe conforme à leur nature intrinsèque et susceptible ou non de fractionnement et de démembrement; ayant une valeur économique, ils peuvent être envisagés comme des moyens d'échange susceptibles d'une évaluation pécuniaire; leur valeur peut être affectée d'une manière directe et spéciale au paiement d'une créance déterminée.

Les droits qui seront ainsi conférés à un créancier sur la valeur d'une prestation due, d'une œuvre intellectuelle ou d'une universalité de fait de nature incorporelle, devraient en bonne analyse, être distingués des droits réels du second degré qui portent sur la valeur de choses matérielles, de richesses, quoique leur caractère commun de porter sur une valeur pécuniaire explique que cette différence soit moins tranchée qu'entre les droits ayant pour objet l'utilisation directe des biens.

La doctrine, conformément à sa conception du bien incorporel, considère ces droits comme portant sur le droit

d'utilisation directe du service, de l'œuvre intellectuelle, etc... et parle de gage des créances ou des droits de propriété intellectuelle; c'est également le langage du Code civil; en réalité, il ne peut y avoir là qu'une métaphore, ou une expression abrégée; nous aurons ultérieurement à rechercher la nature exacte de ces droits, pour l'instant nous nous contenterons en usant de la terminologie usuelle de décrire leur fonctionnement dans notre droit tel qu'il résulte des textes législatifs en vigueur et de leur interprétation par la Jurisprudence et la Doctrine.

Ces droits sont généralement considérés comme des droits de gage ou exceptionnellement comme des hypothèques mobilières parce que traditionnellement, les biens incorporels, à l'exception des droits réels portant sur des immeubles corporels (et qui d'après nous ne sont pas de véritables biens incorporels), sont considérés comme des meubles; mais cela est en réalité purement fictif; la distinction des meubles et des immeubles généralisée par le Code civil (art. 516) à l'imitation de notre Ancien Droit, ne peut se comprendre que des choses matérielles et des droits dont elles font l'objet; tout au plus pourrait on l'étendre aux droits de créance tendant au transfert d'un droit réel mobilier ou immobilier, bien que cette distinction puisse amener à méconnaître l'élément personnel existant dans ces droits; elle est en tous cas sans application rationnelle aux obligations de faire, aux droits intellectuels, etc...

Aussi l'argument tiré de la nature mobilière des biens incorporels étant écarté, aurons-nous à nous demander si les droits qui affectent ces biens à la sûreté d'une créance peuvent être assimilés soit à des droits de gage soit à des droits d'hypothèque ou s'ils présentent des formes de sûreté irréductibles à l'un ou à l'autre de ces droits réels.

Quoiqu'il en soit pour l'instant de cette question, il faut convenir comme nous l'avons indiqué, que dans le système du Code civil, la seule manière dont on pouvait concevoir l'affectation à la sûreté d'une créance de la valeur d'une prestation ou d'une œuvre intellectuelle était la constitution d'un droit de gage portant sur le droit de créance, ou sur le droit de propriété intellectuelle considérée comme bien incorporel.

La première section de ce chapitre sera consacrée à l'étude du gage des créances; nous examinerons ensuite le gage des biens incorporels autres que les créances en réservant cependant pour une troisième section le nantissement des fonds de commerce qui malgré sa dénomination, et bien que portant sur un meuble incorporel, est généralement considéré non comme un gage mais comme une hypothèque mobilière.

Section première

Du gage des créances

Le gage des créances a pris de nos jours une extension considérable grâce à la pratique de l'avance sur titres; celle-ci n'est en définitive qu'un nantissement portant sur des créances ou des parts sociales représentées par des titres de Bourse (actions ou obligations) et garantissant une ouverture de crédit faite par un banquier à son client.

Les dispositions du Code civil qui visaient le gage de créances ne s'appliquaient qu'aux créances à personne dénommée qui constituent le type normal des créances civiles; la loi de 1863 et les dispositions qu'elle a introduit dans le Code de commerce ont sur ce point complété le Code civil en réglant les modes de constitution du gage sur les titres nominatifs, à ordre ou au porteur.

Nous examinerons successivement en plusieurs paragraphes quelles sont les créances (et les droits assimilés) pouvant être données en gage, les modes de constitution du gage de créances, la mise en possession du gagiste et les effets du gage. Nous nous efforcerons enfin de distinguer le gage de créances de contrats voisins qui sont parfois confondus avec lui.

§ 1. *Créances pouvant faire l'objet d'un gage.* — A. - *Principe.* — En principe, *toutes les créances* considérées comme meubles incorporels peuvent faire l'objet d'une constitution de gage. Nous verrons cependant plus loin que *pratiquement*

pour pouvoir être données en gage, elles doivent être *représentées par un titre*, à raison des exigences formulées par la Jurisprudence en ce qui concerne la mise en possession dans le gage de créances.

B. - *Créances inaliénables ou indisponibles.* — En outre les créances inaliénables temporairement en vertu de la loi, des conventions, des modalités de la propriété ou de la volonté d'un testateur ne pourront être données en gage, celui-ci conduisant normalement, à défaut de paiement à une aliénation éventuelle (Paris, 9 mai 1903, S, 04, 2, 204; Cass., Req., 16 janvier 1923, S, 23, 1, 107; Paris, 16 février 1903, S, 04, 2, 67).

Les actions déposées par les administrateurs d'une société dans la caisse sociale en garantie de leur gestion et frappées d'inaliénabilité par l'article 26, alinéa 3 de la loi du 24 juillet 1867 ne peuvent être mises en gage (Paris, 7 mars 1913, *Gaz. Pal.*, 13, 2, 167, D, 16, 2, 191). Cependant Demogue (*Rev. trim. de Droit civil*, 1916, p. 123) admet qu'elles pourraient être données en gage éventuellement par les administrateurs pour le jour où ils cesseraient leurs fonctions.

Une décision a déclaré nul le gage constitué sur des valeurs dotales (Paris, 16 février 1903, S, 04, 2, 67; en sens contraire Cass., 13 janvier 1874, S, 74, 1, 160) bien que la Jurisprudence admette en principe l'aliénabilité de la dot mobilière.

Les créances frappées d'indisponibilité par suite d'une saisie-arrêt ne peuvent plus après cette saisie être données en nantissement (Cass. Req., 18 janvier 1846 S, 46, 1, 444).

Par contre, les rentes sur l'Etat, bien qu'insaisissables, n'étant pas frappées d'inaliénabilité peuvent être données en gage. En ce qui concerne les pensions d'Etat, la loi du 26 juillet 1917 a organisé un système spécial d'avances sur pensions. De même un décret-loi du 30 octobre 1935 a réglementé le nantissement des marchés de travaux publics et de fournitures passés par les collectivités publiques (Etat, départements, communes, etc...).

Une créance conditionnelle peut être donnée en gage, et en ce cas, le nantissement devient définitif par l'accomplissement de la condition à laquelle la créance est subordon-

née (Cass. civ., 27 janvier 1908, S, 10, 1, 537, note Naquet, D, 10, 1, 522).

C. - *Créances futures. - Obligations non souscrites.* - I. — Une *créance future* peut elle faire l'objet d'un gage? Doctrine et Jurisprudence sont divisées sur cette question. La Cour de Bourges dans un arrêt relatif non à une créance mais à un fonds de commerce à créer a posé en principe la nullité d'un nantissement ayant pour objet une chose future (Bourges, 29 avril 1901, S, 02, 2, 273, Note critique Wahl, *Rev. trim. de Dr. civil*, 1903, p. 176). On admet en général que, de même, des créances simplement éventuelles et dont l'existence est encore incertaine ne peuvent faire valablement l'objet d'une constitution de gage (Trib. comm., Seine, 3 août 1901, *Pand. franç.*, 03, 2, 267; Grenoble, 16 juin 1904, D, 06, 2, 209; en ce sens, Baudry-Lacantinerie et De Loynes, n° 36; Planiol et Becqué, *Sûretés réelles*, n° 90, Demogue (*Rev. trim. Dr. civil*, 1904, p. 172) et Wahl, note précitée) se prononcent en sens contraire et estiment que le contrat serait valable au moins comme promesse de gage; ces auteurs font valoir l'analogie existant entre ce cas et celui de la cession des récoltes pendantes à titre de garantie admis pour les prêts consentis par les banques coloniales par les lois du 11 juillet 1851, article 9 et 24 juin 1874, article 5. La Cour de Paris dans un arrêt récent a admis que la créance éventuelle résultant pour un entrepreneur d'un marché de travaux à faire mais non encore exécutés pouvait valablement être donnée en gage (Paris, 4 avril 1935, Gaz. *Pal.*, 35, 2, 44; S, 35, 2, 124; V. également le décret du 30 octobre 1935 sus-mentionné). En tous cas la Jurisprudence exigeant la remise du titre de créance au gagiste comme nous le verrons à propos de la mise en possession, les créances futures ne peuvent faire l'objet d'un gage que si elles sont d'ores et déjà individualisées dans un titre.

II. - On s'est demandé si des obligations non encore placées dans le public pouvaient faire l'objet d'un gage : une Société voulant lancer un emprunt dans le public et ayant un besoin immédiat de fonds, obtient des avances d'une banque en lui remettant en garantie des obligations non encore souscrites mais qu'elle charge cette banque de placer dans le public en spécifiant que le détenteur de ces titres

appliquera au remboursement de sa créance tout ou partie des sommes à provenir de ce placement. De grandes divergences existent sur la nature du contrat et sa validité.

a) Devant la Jurisprudence la question de la validité du nantissement des obligations non encore souscrites s'est d'abord posée au point de vue fiscal; les droits fiscaux frappant les titres de Bourse au moment de leur émission étaient-ils dus, dès la constitution du nantissement ou au contraire seule leur souscription par le public entraînait-elle le payement de ces droits? Deux arrêts de la Cour de cassation avaient admis que les droits étaient dûs et que l'existence des titres était prouvée par le nantissement (Cass. civ., 6 avril 1870, S, 70, 1, 273; Cass. Req., 19 juillet 1875, S, 76, 1, 91, Rapport Tardif). Cette solution fut précisée par un arrêt de la Chambre civile (Cass. civ., 6 mars 1895, S, 97, 1, 193, Note Wahl, D, 95, 1, 265). qui exige pour que les titres soient considérés comme ayant fait l'objet d'une émission, deux conditons : la création matérielle du titre et la constitution d'un droit propre au profit d'un tiers, ce droit existant dans l'hypothèse envisagée sous la forme du droit de gage reconnu au banquier (V. également Cass. civ., 6 avril 1897, D, 97, 1, 372 et Ch. Réunies, 16 mars 1904, D, 04, 1, 321).

En matière civile, on peut ranger les solutions jurisprudentielles en trois catégories : 1° Certaines décisions ont déclaré le nantissement nul; faute d'existence actuelle de l'objet nanti (Besançon, 5 août 1903, S, 05, 2, 294, D, 04, 2, 465, Note Appleton; *Revue des Sociétés*, 1904, p. 116; Lyon, 1er février 1906, *Mon. jud. de Lyon*, 4 et 5 novembre 1906; Lyon, 12 juillet 1906, *Revue des Sociétés*, 1907, p. 301); d'après ces décisions le titre non souscrit ne serait qu'une simple feuille de papier sans valeur existante et actuelle; 2° d'après la Cour de Bordeaux (Bdx, 28 nov. 1900 sous Cass. Req., 13 juin 1903, S, 05, 1, 497; D, 04, 1, 326), le nantissement serait valable et porterait sur le droit éventuel de la Société d'obtenir des souscripteurs le montant de la souscription; 3° la Cour de cassation valide le nantissement en déclarant qu'il porte sur la créance éventuelle des futurs obligataires contre la Société en remboursement du montant de leur souscription et des intérêts, avec tous les accessoires atta-

chés à cette créance notamment l'hypothèque consentie par la Société sur les immeubles lui appartenant au cas où ces obligations seraient hypothécaires (Cass. Req., 13 juin 1903, précité (S, 05, 1, 497, note Whal, D, 04, 1, 326; *Rev. critique*, 06, p. 205, Note Arthuys; *Rev. trim. de Droit civil*, 06, p. 173, Note Demogue); Cass., Ch. Réunies, 16 mars 1904 (D, 04, 1, 321, note Thaller et conclusions de l'avocat général Baudouin), Cass. civ., 23 février 1909, (D, 09, 1, 478; S, 09, 1, 395); Cass. civ., 14 novembre 1911, D, 12, 1, 200; Note Chéron; Cass. civ., 23 octobre 1929, *Gaz. Palais*, 20 novembre 1929; 29, 2, 812).

D'après la Cour Suprême les titres créés ont « une existence légale complète et sont matériellement transmissibles »; il peuvent donc faire l'objet d'« un droit propre » au profit du créancier; mais la Cour de cassation évite en général de dire si ce droit est vraiment un droit de gage.

b) Cependant, la validité de ces conventions ne laisse pas de poser un problème juridique qui a été diversement résolu par les auteurs. Avant l'émission, « les titres... constatent d'avance un rapport qui n'existe pas encore et n'existera que quand les fonds empruntés auront été remis à la Société. Nos lois ne concevant pas l'existence d'une créance sans un créancier investi du droit d'en poursuivre le montant, le gage semble impossible par suite de l'inexistence de la créance ». (S. Rogier, *De la mise en gage des créances en droit français*, Thèse, Paris, 1929, p. 197 et s.). D'autre part « Avant même d'être émise l'obligation est susceptible d'être émise c'est-à-dire échangée contre une somme d'argent, elle a donc une valeur entre les mains de la Société, à plus forte raison entre les mains du gagiste qui à toute époque, pourra la vendre » (Chatel, Thèse, Rennes, 1907).

Ainsi d'un côté ces titres ne représentent pas une obligation actuellement existante puisqu'il n'y a pas de dette sans créancier et d'autre part ils ont une valeur actuelle certaine. Aussi la doctrine est elle aussi divisée que la jurisprudence tant sur le point de savoir s'il y a réellement en l'espèce un contrat de gage que sur celui de savoir quel est exactement le bien donné en gage.

1° La majorité des auteurs (Lacour et Bouteron, I, n° 1080; Chéron, note précitée sous Cass., 14 nov. 1911, D, 12, 1,

201; Demogue, *Rev. trim. Dr. civ.*, 1906, p. 173; S. Rogier, thèse précitée) se range à l'avis de la Cour de cassation : ce qui est mis en gage ce sont les créances futures des obligataires contre la Société représentées par les obligations au porteur remises au créancier gagiste, obligations qui en général sont assorties d'une garantie hypothécaire. D'après Lacour et Bouteron, il y aurait en quelque sorte création d'une obligation par engagement unilatéral d'un débiteur ; la dette de la Société envers les futurs porteurs prend naissance dès que les titres sont émis et même dès qu'ils sont créés pourvu que la Société soit dessaisie.

Quels seront dans cette théorie les droits du gagiste au cas où la Société émettrice viendrait à tomber en faillite ? Si le banquier a réussi à placer tout ou partie des obligations qu'il détenait, il opposera son privilège de gagiste sur les sommes touchées par lui des souscripteurs jusqu'à concurrence du montant des avances consenties par lui. Dans le cas contraire, il aura toujours le droit de faire vendre les titres; ce droit, sera, il est vrai, illusoire si ces obligations sont chirographaires car il ne trouvera pas d'acquéreur; mais au cas où elles sont garanties par une hypothèque, elles conservent leur valeur, malgré la faillite; le gagiste pourra les vendre ou les remettre au syndic contre remboursement de sa créance, si le syndic veut user de la faculté qui lui est reconnue par l'article 547 du Code de commerce, en vue de libérer les immeubles de la Société de l'hypothèque qui les grèvent. Le gagiste pourrait-il aussi appliquer cette hypothèque à la sûreté de sa propre créance ? on a objecté que l'hypothèque devait tomber puisqu'elle était contractée au profit des futurs obligataires et destinée à garantir une créance qui n'avait pas pris naissance; Demogue dans l'article cité, pense cependant que le gagiste pourra se prévaloir de cette hypothèque car celle-ci viendrait en quelque sorte se rattacher à sa créance au travers de l'obligation non actuelle; d'après Chéron (Note précitée) le banquier pourrait se prévaloir de l'hypothèque, non en tant que gagiste, mais en tant qu'obligataire; la Société lui aurait permis de se mettre à la place des souscripteurs, de s'approprier et d'exercer la créance constituée en gage.

D'après ces auteurs, il n'y aurait pas à s'arrêter à l'objec-

tion que la Société ne peut donner comme sûreté une créance contre elle-même; car l'obligation est un titre de crédit, qui en l'absence de souscription, figure encore dans le patrimoine de la Société et dont celle-ci peut disposer. Plus gênante est pour eux la prohibition du pacte commissoire puisqu'en définitive ils en arrivent à permettre au gagiste de s'approprier la créance donnée en gage. D'après Demogue, le banquier aurait reçu un mandat de transformer l'objet du gage de chose future en chose actuelle par l'émission; mais ce mandat, qui serait irrévocable comme conclu dans l'intérêt des deux parties, contreviendrait de façon détournée aux dispositions de l'article 2078. D'après Chéron, ces dispositions seraient respectées, car elles ont pour but d'éviter les conventions usuraires, permettant au créancier d'obtenir une valeur supérieure au montant de sa créance; ce ne serait pas le cas ici, car ce qui serait attribué au gagiste, ce ne serait pas toutes les obligations données en gage mais seulement un nombre suffisant pour lui permettre d'obtenir le remboursement de ses avances.

2° Certains auteurs tout en admettant la validité de la convention se sont refusés à y voir un véritable gage. Pour Wahl (Note précitée, S, 1905, 1, 497) il y a là un mandat donné par la Société de procéder à l'émission avec délégation au bailleur de fonds des sommes versées par les obligataires. Avant la souscription, l'obligation n'est qu'une valeur fictive, et la créance qu'elle est censée représenter est inexistante; en tout état de cause l'obligation ne confère aucun droit à la Société et ne peut donc pas être donnée en gage par elle.

La principale objection que l'on peut faire à cette opinion c'est qu'elle est contraire à l'intention des parties qui ont bien entendu donner une garantie, une sûreté au bailleur de fonds; dans cette théorie, en cas de faillite de la société, le prêteur ne sera qu'un simple créancier chirographaire.

D'après Thaller et Percerou (*Tr. él. de Dr. comm.*, 7e éd., n° 1083 ter; V. aussi Thaller, note précitée, D, 04, 1, 321; Appleton, note précitée au D, 1904, 2, 465; Valéry, note sous Paris, 3 août 1895, D, 97, 2, 73), on serait en présence non d'un gage, mais d'une convention « *sui generis* » ayant en elle-

même ses éléments de validité et en vertu de laquelle les titres doivent rester aux mains du banquier jusqu'à son remboursement; il acquiert sur ces titres un droit de rétention et a en outre le droit de les négocier sous certaines conditions, en vertu d'un mandat de vendre donné par la société et qui serait irrévocable parce que conclu dans l'intérêt des deux parties. On échappe ainsi à l'application des règles régissant le nantissement et à la prohibition de la clause commissoire, mais la sûreté ainsi conférée au prêteur est loin d'être aussi complète que dans la théorie qui lui reconnaît un droit de gage.

3° Dans sa thèse de doctorat sur cette question (*Du nantissement des obligations de société non placées*, Thèse, Rennes, 1907), M. Chatel voit dans cette convention un véritable droit de gage, mais il se sépare des autres auteurs et de la Jurisprudence sur la détermination du bien donné en gage « Le nantissement, dit-il n'a pour objet ni les créances futures des obligataires contre la Société, ni les créances futures de la Société contre les obligataires, mais l'engagement irrévocable, l'offre irréfutable d'emprunter de la Société; cet engagement enchâssé dans un contrat qui le vivifie et matérialisé dans les titres est le seul objet possible du nantissement ».

La convention comporterait en outre un mandat irrévocable de procéder à l'émission. Le prêteur aurait comme garantie un droit de rétention sur les titres et le droit de compenser les titres émis et le montant des avances par lui faites. En outre en cas de faillite il aurait le droit d'exercer un droit de rétention sur le prix des obligations placées pendant la période suspecte et le droit de se présenter comme porteur des obligations hypothécaires non encore placées à concurrence de son dû. L'opération présenterait un caractère alternatif pour lequel la faillite jouerait le rôle de condition : en cas d'émission, le produit en provenant serait affecté au paiement du créancier, en cas de faillite les obligations lui seraient attribuées à concurrence de sa créance. On a objecté que ce système était contraire aux principes du gage : d'une part la destination normale de l'objet d'un gage est d'être conservé par le gagiste pour être restitué après payement; ici la destination des obligataions est d'être émises ce

qui éteint le gage; de plus la clause conditionnelle pour le cas de faillite serait un pacte commissoire déguisé.

c) En définitive, aucune des solutions proposées n'est pleinement satisfaisante; il semble que la doctrine tout en approuvant la Jurisprudence de la Cour de cassation comme conforme aux intentions des parties et aux nécessités pratiques, se soit épuisée à en chercher une justification théorique. On a fait remarquer que l'analyse juridique du contrat pourrait être facilitée par les théories, admises par certaines législations étrangères, de l'engagement unilatéral, de la dette abstraite et de la personnification du titre : la Société devrait au titre lui-même représenté par son porteur (V. S. Rogier, Thèse précitée, pp. 217 et 218, qui cite à ce propos l'exemple des cédules hypothécaires créées par la loi de Messidor, An III); à notre avis il n'y a pas besoin de recourir à ces théories d'origine allemande pour essayer d'expliquer cette situation; nous verrons ultérieurement que la détermination de la nature juridique du gage des créances permet de donner du contrat intervenu en cette occasion une analyse beaucoup plus exacte qui tout en restant conforme aux principes de notre droit, traduit aussi fidèlement que possible les données économiques qui servent de base au contrat ; contentons-nous pour l'instant de dire qu'à notre sens un titre ne peut jamais représenter une personne mais un bien, c'est-à-dire non point un droit mais ce qui peut être l'objet d'un droit, comme représentant une valeur économique susceptible d'être utilisée d'une façon privative par une personne; le titre (et particulièrement le titre au porteur) ne représente en réalité ni la créance, ni le créancier mais l'objet de la créance qui se ramène toujours en définitive comme nous l'avons déjà dit à un acte ou à une abstention de la part du débiteur; cet acte ou cette abstention peuvent non seulement faire l'objet d'un droit de créance mais encore d'un droit du second degré qui consistera dans le pouvoir de transférer ou de conférer à des tiers, en échange de la valeur pécuniaire qu'elle représente, un droit de créance sur cette prestation; c'est un droit de cette nature qui est attaché au droit de gage créé sur le titre de même la qualité de créancier est attachée à la propriété du titre; nous préciserons dans notre seconde partie les conséquences

de cette solution dans l'hypothèse des obligations non souscrites.

En ce qui concerne des obligations soucrites mais non encore libérées, il n'y a naturellement aucune difficulté à ce qu'elles puissent faire l'objet d'un gage; en ce cas, la Cour de cassation considère que la Société donne en gage en même temps que les titres qui représentent des créances contre elle ses propres créances contre les souscripteurs (Cass., 14 novembre 1911, D, 12, 1, 200).

D. - *Droit au bail.* — Parmi les créances pouvant faire l'objet d'un gage, il nous faut mentionner à raison des difficultés auxquelles il a autrefois donné lieu, le droit au bail.

La Cour de Lyon dans un arrêt du 1er décembre 1857 avait décidé qu'un locataire ne pouvait donner en gage les droits qu'il tenait de son bail ou que tout au moins la validité de ce gage aurait exigé la mise du créancier gagiste en possession des lieux loués, le droit engagé étant un droit réel et non un droit de créance; cette décision qui s'inspirait de la théorie de Troplong sur le caractère réel du droit du preneur a été cassée par la Cour de cassation (Cass. civ., 13 avril 1859, S, 59, 1, 913; D, 59, 1, 167) qui a affirmé le caractère personnel et mobilier du droit du preneur. Dès lors celui-ci, ayant contre son bailleur une créance ayant pour objet la jouissance des locaux loués, peut donner cette créance en gage dans les formes du gage de créances, c'est-à dire en signifiant le nantissement au bailleur et en remettant son titre c'est-à-dire le bail au créancier gagiste.

Cette jurisprudence, confirmée par des arrêts postérieurs (Cass. Req., 1861, S, 61, 1, 713, D, 61, 1, 418; Paris, 11 avril 1866 et 31 mai 1866, D, 67, 2, 10; 21 juillet 1892, D, 93, 2, 108) n'est plus contestée aujourd'hui; elle a d'ailleurs comme nous le verrons servi de base à la première forme du nantissement des fonds de commerce.

E. - *Parts sociales.* — Le nantissement ayant pour objet des parts sociales (actions dans les sociétés de capitaux, parts d'intérêts dans les sociétés de personnes) est-il un gage de créances? On assimile en général à ce point de vue les actions et les parts d'intérêts aux obligations qui elles sont incontestablement des créances résultant de prêts faits

à la Société émettrice; les actions et les parts d'intérêt sont considérées comme représentant des créances contre la Société considérée comme personne morale (Lyon-Caen et Renault, 5e éd., II, 1re partie, p. 168, nº 141 et s.; Paris, 18 août 1881, S, 82, 2, 25).

Cette assimilation a été critiquée par Beudant (*Rev. critique*, 1869, 34, p. 135); d'après lui le droit de l'associé n'est ni un droit de propriété, ni un droit de créance; mais un droit *sui generis*; les associés sont tenus des dettes sociales soit à concurrence de leur mise soit indéfiniment; ils ne peuvent comme les créanciers ordinaires, faire prononcer la faillite de la Société; ils n'ont donc pas contre celle-ci un véritable droit de créance et en conséquence les articles 1690 et 2075 du Code civil sont inapplicables au transfert ou à la mise en gage de leur droit. Celui-ci n'est pas davantage un droit réel sur l'actif social à raison de la personnalité morale de la société. Une décision a déclaré formellement que le droit d'un associé ne constitue pas une créance et peut dès lors être donné en gage sans signification (Caen, 14 avril 1902, Rec. du Havre, 02, 2, 199).

Ces critiques n'ont pas été admises par l'ensemble de la doctrine qui continue à considérer les parts d'associés comme des créances, tout au moins lorsque la société a la personnalité morale. « Comment concevoir un droit pécuniaire qui ne soit ni un droit réel, ni un droit de créance? Tout droit de cette sorte est nécessairement l'un ou l'autre » (S. Rogier, Thèse, citée, p. 126). (1)

Il est certain que l'action ou la part d'intérêt confère à l'associé certaines créances contre la Société envisagée comme personne morale en même temps qu'elle entraîne pour lui certaines obligations qui en sont la contre partie; mais d'autre part, le droit de l'associé de participer à la gestion de la Société, à la vie de la personne morale, notamment par son vote aux assemblées générales ne paraît pas pouvoir être

(1) De même, la Jurisprudence considère en général le droit de l'associé comme un droit de créance et exige pour sa mise en gage une signification à la société, sauf dans le cas où la part sociale est représentée par un titre nominatif, à ordre ou au porteur (V. Paris, 10 Août 1881, S, 82, 2, 25 ; V. sur ce point, Lyon, Caen et Renault, II, Nº 141 et s, et III, Nº 286).

assimilé à un droit de créance, bien qu'il soit indissolublement lié aux droits pécuniaires de l'associé. Quoi qu'il en soit et sous réserve d'observations ultérieures on peut pratiquement admettre cette assimilation; et étudier en même temps le gage portant sur des créances et celui ayant pour objet des parts sociales.

Au cas très rare où la Société n'aurait pas la personnalité morale, le droit de l'associé est alors un droit de copropriété ou plus exactement un droit indivis; nous retrouverons la question plus loin en même temps que celle du gage ayant pour objet des droits successifs.

§ 2. *De la constitution du gage de créance.* — L'article 2075 du Code civil exige en matière de gage portant sur les créances que le contrat soit rédigé par acte public ou par acte sous seing privé enregistré, sans distinguer suivant que la valeur de la créance garantie ou celle de la créance engagée dépasse ou non 500 francs, comme il le fait pour le gage de meubles corporels. Mais cette exigence ne s'applique qu'au gage civil; le gage commercial qu'il s'agisse d'un gage de meubles corporels ou d'un gage de créances en est dispensé par l'article 91 § 1 du Code de commerce.

L'article 2075 exige en outre que le contrat soit signifié au débiteur de la créance donnée en gage; cette formalité, identique à celle prévue par l'article 1690, est exigée dans un but de publicité pour permettre au créancier gagiste d'opposer son droit aux tiers qui pourront être avertis de son existence en se renseignant auprès du débiteur de la créance donnée en gage; d'autre part, elle permet au gagiste de s'assurer que ce débiteur n'effectuera pas le payement de la créance entre les mains du constituant, au détriment des droits du créancier gagiste. (1)

La notification au débiteur ne s'impose que pour les créances à personne dénommée. En ce qui concerne les titres nominatifs (actions, parts d'intérêts ou obligations) émis par des sociétés ou des collectivités publiques, le gage portant sur les créances représentées par ces titres, s'établit par un transfert à titre de garantie inscrit sur les registres de la société, de l'Etat, du département ou de la ville qui a émis ces titres (art. 91 C. com.).

---

(1) On sait que pour la cession des créances, l'art. 1690 C. Civ. assimile à la signification, l'acceptation du débiteur dans un acte authentique; on admet généralement qu'il en est de même pour la mise en gage, malgré le silence de l'art. 2075 (V. PLANIOL, *Traité élémentaire*, II, N° 2409.)

Les titres à ordre (ou plus exactement les créances représentées par ces titres) peuvent être donnés en gage par voie d'endossement; l'article 91 du Code de commerce exigeait un endossement « régulier » (c'est-à-dire contenant les mentions prescrites par l'ancien article 137 du Code de commerce : date, valeur fournie, nom de l'endossataire) indiquant que la valeur était remise en garantie.

Depuis la loi de 8 février 1922 qui a modifié l'article 137 du Code de commerce l'endossement en garantie, comme celui opéré à titre de cession n'a besoin d'aucune forme et peut avoir lieu en blanc, par la simple signature de l'endosseur. Cet endossement a les mêmes effets que l'endossement translatif en ce sens qu'il rend inopposable à l'égard du créancier gagiste porteur les exceptions qui pourraient être opposées au porteur précédent.

Enfin les créances (et les parts sociales) représentées par des titres au porteur, peuvent être données en gage par la simple tradition manuelle du titre. En pareil cas la créance se trouve en quelque sorte incorporée au titre lequel se transmet comme un meuble corporel.

Les rentes sur l'Etat peuvent ainsi que nous l'avons dit, faire l'objet d'une cession volontaire ou d'une mise en gage; le Trésor public admet le transfert en garantie pour les titres nominatifs proprement dits, mais non pour les titres mixtes c'est-à-dire nominatifs avec coupons au porteur; en pareil cas les parties recourront pour la mise en gage au transfert ordinaire, sauf à constater par un acte le caractère du transfert et à obliger le créancier gagiste à faire procéder une fois payé à un nouveau transfert en sens contraire du premier.

On admet généralement que les dispositions concernant la mise en gage des titres nominatifs à ordre ou au porteur s'appliquent que le gage soit civil ou commercial.

En ce qui concerne le gage commercial des titres nominatifs ou à ordre la Jurisprudence a tendance à admettre en se référant à l'article 109 du Code de commerce, que l'endossement ou le transfert à titre de garantie ne sont pas absolument nécessaires et que la tradition manuelle de ces titres suffirait comme pour les titres au porteur à les constituer en gage (Paris, 28 novembre 1879, S, 79, 2, 129, Note

Lyon-Caen, D, 79, 2, 153; Douai, 12 mars 1891, D, 93, 2, 140; Cass. Req., 12 mars 1879, D, 80, 1, 118; Cass. civ., 14 mars 1910. S, 10, 1, 281; note Lyon-Caen, *Rev. trim. Dr. civil*, 1910, p. 852, D, 11, 1, 94; Lyon, 13 octobre 1932, *Mon. jud.*, Lyon, 20 juin 1933, *Droit financier*, 1934, 142). Cette tendance est généralement critiquée par la doctrine qui laisse seulement au gagiste la possibilité de choisir entre l'endossement ou le transfert à titre de garantie et la signification de l'article 2075 du Code civil (V. S. Rogier, Thèse citée, pp. 160 et s.).

§ 3. *De la mise en possession du créancier gagiste.* — Nous savons que l'article 2076 du Code civil exige que le gage « ait été mis et soit resté en possession du créancier ». Cette exigence s'applique-t-elle au gage de créances et comment peut-elle être réalisée?

A. - *Doctrine.* - I. — Pour la grande majorité de la doctrine, cette mise en possession est exigée par l'article 2076 qui venant après l'article 2075 qui traite du gage de créances, l'exige « dans tous les cas »; elle sera réalisée par la remise au créancier du titre qui constate la créance (Duranton, XVIII, n° 525; Troplong, XIX, n° 277; Aubry et Rau, IV, n° 432; Baudry et De Loynes, I, n° 74; Lyon-Caen et Renault, IV, n° 280).

Cette conception semble avoir été celle de notre ancien droit; celui-ci, malgré l'existence en droit romain du *pignus nominis* que l'on a assimilé soit à une hypothèque soit à une cession éventuelle de la créance, eut quelque répugnance à admettre un gage portant sur des créances, car il considérait les créances en tant que bien incorporels insusceptibles de possession et de tradition, alors que le dessaisissement du débiteur au profit du créancier lui apparaissait comme étant de l'essence du gage. Aussi Pothier avait-il d'abord enseigné que le gage ne peut porter sur des créances « qui n'ont qu'un être intellectuel et ne s'aperçoivent que par l'entendement » mais seulement sur des choses corporelles (Pothier, *Traité des personnes et des choses*, IX, p. 87, n° 232; *Traité du nantissement*, IX, p. 208, n° 6, note). Cependant le Parlement de Paris par arrêt du 9 juillet 1698 (cité par Brillon, *Dict. des arrests.*, Paris, Cavelier, 1727, III, V. *Gage*, n° 5.

p. 440) puis la Cour des Aides par arrêt du 28 mars 1769, cité par Pothier *Traité du nantissement*, IX, p. 209 et 210, note, avaient admis que l'on pouvait engager des créances par la délivrance du titre au créancier gagiste. Pothier (*Hyp.*, XX Ch. IV, § 2, p. 285, Paris, Thomine et Fortic, 1821) s'était rangé à cette manière de voir et avait admis que la tradition pouvait être remplacée pour les créances par la remise du « billet ou obligation » qui les constate accompagné de la signification faite au débiteur.

II. - Dans notre droit actuel, certains auteurs se sont élevés contre cette exigence; d'après eux la signification (remplacée par l'endossement, le transfert, ou la tradition pour les titres à ordre, nominatifs ou au porteur) suffit à investir le créancier et la remise du titre est inutile.

Colmet de Santerre (*Cours analytique de Code civil*, VIII, n° 302 bis, p. 369 et s.) prétend que « la signification doit suffire à ensaisiner le gagiste à l'égard des tiers comme elle suffit, à ensaisiner le cessionnaire à l'égard des tiers ». L'article 2076 ne saurait s'appliquer car ce qui est donné en gage ce n'est pas le titre mais la créance même; or une créance est insusceptible de détention matérielle et de possession : « cette condition de possession du gage par le créancier ne peut être exigée qu'autant que la chose engagée est une chose corporelle. Les droits en effet, choses incorporelles ne peuvent pas être l'objet d'une mise en possession ». Pour Colmet de Santerre les termes « dans tous les cas » contenus dans l'article 2076 se réfèrent, non à l'article 2075 mais aux distinctions établies par l'article 2074 pour l'exigence d'un écrit en matière de gage portant sur des choses corporelles.

Vigié (*Cours élémentaire de droit civil français*, Paris, 1892, III, p. 629, n° 1209) partage cette opinion. « Les droits de créance, incorporels de leur nature, ne sont pas, dit-il, susceptibles de possession ».

Planiol déclare (*Traité élémentaire*, II, n° 2409, p. 795) que « la loi n'exige pas » la remise du titre et accepte ainsi l'interprétation donnée par Colmet de Santerre du texte de l'article 2076 du Code civil.

Thaller (n° 1091, p. 575) estime lui aussi qu'on ne peut pas « vu le silence de la loi » imposer « la remise au créancier

du titre de créance, de l'action ou de l'effet en faisant de cette remise une condition substantielle du gage. Livrer un titre, ce n'est pas mettre le créancier en possession ».

III. - Delvas (*Du gage des choses incorporelles en matière civile et commerciale*, Thèse de droit français, Paris 1892, pp. 78 et s.) admet la nécessité d'une dépossession dans le gage des créances et repousse ainsi la thèse de Colmet de Santerre; mais il nie que cette dépossession puisse être réalisée par la remise du titre : « Il est difficile dit-il, d'admettre que la détention du titre qui n'est même pas un élément indispensable de l'existence du droit, puisqu'en général celui-ci peut s'en passer pour vivre soit destiné à remplir le rôle qu'on lui attribue... Elle ne met pas le titulaire dans l'impossibilité de disposer du droit et ne prévient pas efficacement les tiers de la diminution du patrimoine du débiteur... La détention du titre ne peut pas être la possession de la créance, cet élément matériel, la feuille de papier, que l'on prétend indispensable, n'est pas un des éléments constitutifs du droit engagé; ce n'est pas l'objet du contrat, la garantie concédée. » Pour déterminer en quoi consiste d'après lui, la dépossession dans le gage de créances, l'auteur après avoir repoussé l'idée qu'une créance n'est pas susceptible de possession, part du point de vue qu'« un droit ne se possède pas par lui-même mais bien par l'exercice des manifestations extérieures qui ne peuvent s'expliquer aux yeux du public que de la part du possesseur » et que la loi en faisant du dessaisissement un élément essentiel du gage a poursuivi un double but : empêcher le débiteur gagiste de concéder une seconde fois la même chose en gage; et empêcher les tiers de traiter sans garantie avec un débiteur dont le crédit est déjà entamé.

Partant de cette idée, il voit d'abord dans la signification « non seulement un des principaux éléments du gage mais encore un puissant moyen de mise en possession puisqu'elle *saisit* le gagiste; elle tend au moins au même but que la mise en possession puisque grâce à elle le débiteur ne pourra plus disposer de sa créance et qu'il ne tient qu'au public de se renseigner auprès du tiers débiteur ». En outre cette possession se continue par toutes les mesures conservatoires que l'article 2280 met à la charge du créancier : interruption

de la prescription, inscription d'hypothèque, renouvellement, protêt, présence aux réunions d'actionnaires; « et surtout, ajoute l'auteur, ne faut-il voir dans l'obligation de percevoir les intérêts qu'un bénéfice et ne reconnaîtrons-nous pas dans l'article 2081, un mode de publicité? »

D'après Delvas, la possession ainsi comprise est la seule qui répond aux exigences de l'article 2076 car elle opère « une main-mise sur le droit lui-même » alors que la remise du titre ne donne au créancier qu'une détention matérielle. Or « partout ailleurs, qu'en matière de gage, la détention ne constitue pas la possession. Le dépositaire *détient*, mais nul ne s'avise de dire qu'il *possède*; il y a bien entre lui et la chose un rapport matériel; mais ce rapport ne peut être la possession qui ne résulte que d'une main-mise sur le droit lui-même et non pas seulement sur la chose corporelle qui en forme l'objet... Pour qu'il y ait possession, il faut tout autre chose qu'une appréhension matérielle; il faut l'*appréhension du droit*, sa *mise en action*, son *exercice* et la détention ne peut servir que comme moyen d'y parvenir et *encore pas nécessairement* ».

En définitive, on peut résumer ainsi la théorie de l'auteur : 1° Le droit de gage quel que soit l'objet sur lequel il porte suppose toujours une dépossession; 2° la possession est l'exercice de fait d'un droit et ne saurait être identifiée avec la détention matérielle d'une chose; 3° en conséquence les droits de créance sont susceptibles d'être possédés comme les droits réels, cette possession consistant dans les actes extérieurs, apparents qui supposent chez celui qui les accomplit, la qualité de titulaire du droit; 4° c'est la possession ainsi entendue qui doit être conférée au créancier gagiste dans le gage de créances et cette possession est indépendante de la remise matérielle du titre.

Cette opinion semble être partagée par P.-E. Avril (*Principes et caractères juridiques de la constitution du gage sur les meubles incorporels*, Thèse, Paris, 1898, p. 30 et s.) qui considère que la remise des titres de créance ou de propriété au créancier gagiste ne peut, hormis le cas d'incorporation du droit au titre être considérée comme l'accomplissement de la condition requise par les articles 2076 du Code civil et 92 du Code de commerce.

IV. - Simon (*Du dessaisissement du débiteur dans le contrat de gage*, Thèse citée, p. 82) admet comme Delvas que la possession d'une créance :« est parfaitement concevable » et même « juridiquement admise ». Il en donne comme exemple, l'article 1240 du Code civil qui admet la validité du payement fait « à celui qui est en possession de la créance», c'est-à-dire à celui qui se comporte comme créancier, qui est le titulaire apparent de la créance (Baudry-Lacantinerie, *Précis*, II, n° 259; Demolombe, XXVII, *Contrats et obligations* IV n° 181). En ce sens la possession de la créance « se manifeste, se révèle par des faits répétés, par des actes réitérés d'exercice » et est conforme à la définition de la possession donnée par l'article 2228 du Code civil; mais, d'après Simon qui se sépare sur ce point de Delvas, cette possession n'est pas celle qu'exige pour le gage, l'article 2076 du Code civil. La possession de l'article 2076 ne consiste pas dans l'exercice du droit de créance; le créancier n'a pas à devenir le titulaire apparent de la créance;sa situation lui défend même de prendre cette qualité. De plus les actes par lesquels se traduit cette possession sont « mal définis, espacés, intermittents » or, la possession du gagiste « doit se poursuivre sans solution de continuité et avoir pour point de départ un fait net et précis ». La remise du titre paraît à l'auteur présenter ces caractères, c'est pourquoi il s'y rallie malgré les critiques dont elle a été l'objet. « Sans doute, reconnaît-il la remise du titre ne rend point le créancier gagiste, véritable possesseur de la créance engagée ». Mais cela n'est pas nécessaire. « La condition du créancier gagiste rappelle celle du dépositaire. Il semble que la détention du titre réponde exactement à cet état juridique ».

V. - En résumé, on peut classer les opinions des auteurs sur ce point en quatre catégories : 1° d'après la grande majorité de la doctrine, les créances ne sont pas susceptibles de possession véritable; mais en matière de gage, la « quasi-tradition » résultant de la remise du titre est considérée comme l'équivalent de la mise en possession; 2° ceux qui considèrent que les créances n'étant pas suscetibles d'être possédées, l'exigence de la mise en possession ne doit pas s'appliquer au gage de créances (Colmet de Santerre); 3° les auteurs qui considèrent les créances comme susceptibles de posses-

sion et estiment que cette possession doit se traduire par l'exercice apparent de la créance et non par la détention matérielle du titre (Delvas); 4° ceux qui admettent la possibilité d'une possession des créances mais pensent que cette possession ne satisfait pas aux exigences de l'article 2076 du Code civil et exigent la remise du titre (Simon).

Il importe d'ailleurs de remarquer que, quelle que soit leur opinion sur ce sujet, tous ces auteurs admettent conformément à la terminologie traditionnelle que l'objet du droit de gage est le droit de créance lui-même.

B. - *Jurisprudence.* — Quelle a été, en présence de ces controverses doctrinales, l'attitude de la jurisprudence?

Un jugement du Tribunal de la Seine de 1843 (D, 45, 4, 353) semblait admettre l'interprétation donnée par Colmet de Santerre de l'article 2076 du Code civil et considérer que l'exigence de la mise en possession ne s'appliquait pas au gage de créances. « Si la loi, dit ce jugement, exige immission du meuble donné en gage, des mains du débiteur en la possession du créancier, ce ne peut être, que lorsqu'il s'agit d'un meuble corporel, mais non lorsqu'il consiste en une créance, ce genre de meubles ne formant point un corps, et n'étant pas, par conséquent, par la nature des choses, susceptible de possession ».

Mais cette décision semble être restée isolée; au contraire une jurisprudence constante (Lyon, 31 janvier 1839, D, 40, 2, 51; Aix, 21 juillet 1842, S, 43, 2, 199; Cass., 11 juin 1846, S, 46, 1, 444, D, 46, 1, 254; 19 juin 1848, O, 48, 1, 181; Bourges, 9 juin 1854, D, 55, 2, 252; Rouen, 20 juin 1883, D, 85, 1, 59 et les arrêts cités plus bas) considère que l'article 2076 du Code civil, doit s'appliquer au gage de créances et considère la remise du titre comme réalisant la mise en possession. Mais elle s'est trouvée devant une difficulté résultant soit de ce que les créances données en gage n'étaient pas représentées par un titre, soit de ce qu'il existait plusieurs titres pour une même créance.

La mise en possession doit en effet pour remplir son double but de publicité à l'égard des tiers et de garantie pour le créancier, être notoire et exclusive. Le titre étant en principe un simple instrument de preuve de la créance et non sa

représentation adéquate, il n'y a rien d'impossible en Droit français, à ce qu'il existe des créances qui ne sont pas constatées par un titre ce qui exclut la notoriété de leur mise en gage grâce à une dépossession matérielle du titre; ou des créances constatées par plusieurs titres différents, ce qui empêche la remise d'un de ces titres de conférer au créancier qui l'a reçu l'exclusivité de la possession.

En ce qui concerne les créances non constatées par un titre, la Jurisprudence déclare leur mise en gage impossible non seulement lorsqu'il est impossible de concevoir un autre moyen de mise en possession mais encore pour celles dans lesquelles la signification au débiteur ou le transfert de garantie pourraient être considérés comme réalisant cette mise en possession et investissant le créancier.

Parmi les premières, il faut indiquer les créances futures non individualisées dans un titre pour lesquelles le débiteur étant encore inconnu au moment de la constitution du gage, la signification prévue par l'article 2075 du Code civil ne peut être faite; c'est ainsi que des recettes éventuelles ne peuvent être données en gage (Paris, 2 février 1888, D, 89, 2, 165 et 163; Trib. Comm. Seine, 3 août 1901, *P.F.*, 03, 2, 267; *Rev. trim. Droit civil*, 1904, p. 172, Note Demogue).

La même solution a été admise pour des créances où le débiteur est parfaitement connu mais qui ne sont pas représentées par un titre; en ce cas, la Jurisprudence déclare que la signification au débiteur ne saurait tenir lieu de la remise d'un titre, inexistant en l'espèce et réaliser la mise en possession. Il en a été ainsi décidé pour la mise en gage d'une rente constituée (Lyon, 15 mai 1810, S, 1814, 2, 54); de la créance d'un mari contre sa femme à raison des améliorations apportées aux propres de celle-ci (Lyon, 31 janvier 1839 précité), pour le gage constitué par l'héritier d'une succession *ab intestat* sur des créances héréditaires (Cass., 11 juin 1846 précité).

Au contraire, la Jurisprudence admet comme valable la mise en gage des créances constatées par plusieurs titres, bien que cette pluralité entraîne des conséquences fâcheuses puisqu'elle atténue dans une large mesure la publicité résultant de la détention du titre par le créancier. Cette pluralité peut provenir du mode de constatation de la créance; c'est

ainsi que pour les créances constatées par acte notarié outre la grosse qui est en principe unique, il peut être délivré des expéditions; en outre le créancier peut dans certains cas obtenir une seconde grosse avec l'autorisation du président du tribunal. Certaines décisions exigent la remise de la grosse, qui est le seul titre exécutoire (Trib. civ., Seine, 17 mars 1887, D, 88, 2, 255); mais on admet généralement que la remise d'une expédition est suffisante car l'expédition est un titre qui prouve l'existence de la créance (Cass., 20 janvier 1886, D, 86, 1, 406, S, 86, 1, 305; Note Lyon-Caen, 13 mars 1888, D, 88, 1, 351).

La pluralité des titres peut provenir en second lieu. de ce que le titre unique est provisoirement indisponible ou immobilisé ce qui oblige le créancier à se munir d'un duplicata ou d'un titre de remplacement. C'est ainsi que les titres remis en dépôt pourront être remplacés par un récépissé émanant du dépositaire, que les actions d'apport non négociables pendant deux ans à dater de la constitution de la société seront remplacées par des certificats délivrés à leurs titulaires.

La Jurisprudence admet que les récépissés de dépôt doivent être assimilés aux titres déposés et que leur mise en gage entraîne la mise en gage des créances représentées par ces titres; un arrêt de la Cour d'Aix du 13 novembre 1889 (S, 90, 2, 17, note Naquet; D, 99, 2, 153, note Colin) avait admis cette identification dans tous les cas, que le récépissé énumère ou non les titres déposés; mais la Cour de cassation subordonne cette identification à l'individualisation des titres dans le récépissé; si le récépissé ne contient pas l'énumération détaillée des titres, il ne peut pas être considéré comme la représentation des titres mais seulement comme un titre constatant une créance contre le dépositaire qui devient propriétaire des titres et débiteur de titres de même nature (Cass., 24 juin 1891, cassant l'arrêt de la Cour d'Aix précité, S, 91, 1, 333; Paris, 15 juin 1897, D, 99, 2, 153; Paris, 21 juin 1893, D, 93, 2, 490; Cass., 24 févr. 1903, *Droit financier*, 1903, p. 145). Cette solution jurisprudentielle a été critiquée par Hémard (*Ann. dr. comm.*, 1902, p. 101) qui soutient que dans tous les cas le récépissé ne représente qu'une créance contre le dépositaire et que la

remise du récépissé ne saurait assurer la publicité du gage des titres eux-mêmes puisque le déposant peut les retirer sur simple décharge, sans remettre le récépissé. Quoiqu'il en soit, il est certain que la pluralité des titres peut donner lieu en cette matière aux mêmes difficultés que la pluralité des exemplaires du connaissement en matière de crédit documentaire.

La mise en possession par la remise du titre peut comme en matière de meubles corporels avoir lieu par l'intermédiaire d'un tiers convenu. C'est ainsi qu'à propos des titres déposés en banque, la Jurisprudence considère le banquier dépositaire comme détenant les titres pour le compte du gagiste à titre de tiers convenu (V. les décisions citées plus haut). Ce tiers peut être imposé par les circonstances et il est alors censé avoir adhéré à la constitution; c'est ainsi que pour les actions d'apport, la société émettrice est considérée comme les détenant à titre de tiers convenu pendant les deux ans de non négociabilité imposés par la loi, si pendant cette période, leur titulaire les a données en gage, en remettant au créancier gagiste le certificat qui constate que ces actions lui appartiennent.

De même l'usufruitier d'une créance représentée par un titre nominatif est considéré comme tiers convenu à l'égard du créancier auquel cette créance a été donnée en gage par le nu-propriétaire; ce cas peut se présenter fréquemment à raison de l'usufruit légal du conjoint. Le tiers détenteur peut être désigné par la loi; c'est ainsi que dans le cas de nantissement d'un marché de travaux publics, la dépossession s'opère par la remise d'un exemplaire spécial du marché au comptable chargé du payement (décret du 30 octobre 1935, art. 3 *in fine*). Le tiers convenu peut être un précédent créancier gagiste qui consentira à détenir pour un second créancier en même temps que pour lui-même, en conservant son droit de préférence, le second créancier devant venir après lui sur le prix de la créance donnée en gage (Paris, 15 novembre 1849, S, 50, 2, 266; D, 51, 2, 23).

Dans certains cas le tiers convenu peut être le débiteur lui-même pourvu qu'un fait notoire relève aux tiers l'affectation du titre; il en est ainsi dans les avances sur police consenties par les Compagnies d'assurances à leurs assurés

et qui sont garanties par un gage sur les créances éventuelles d'indemnités que l'assuré pourra avoir contre la Compagnie en cas de sinistre; en pareil cas la police d'assurance reste entre les mains de l'assuré débiteur des avances mais mention des avances est faite sur la police afin de prévenir les tiers auxquels l'assuré voudrait céder ou engager sa créance d'indemnité.

Dans la plupart des cas sus-mentionnés le tiers convenu détiendra déjà le titre de la créance au moment de la constitution du gage; il sera donc impossible de le lui remettre pour réaliser la mise en possession indispensable d'après la Jurisprudence. La Jurisprudence exige en ce cas que la constitution soit accompagnée de faits suffisamment notoires pour avertir les tiers ce qui est une pure question de fait laissée à l'appréciation des juges du fond (Cass. civ., 30 août 1896, S, 97, 1, 85; D, 97, 1, 209; Trib. civ., Seine, 25 février 1892, *Gaz. Pal.*, 92, 1, 428; Caen, 3 mai 1901; Rec. Rouen, 1901, 2, 155).

On s'est demandé si la signification à l'usufruitier de la créance permettait de passer outre au refus de celui-ci de jouer le rôle de tiers convenu. La Cour de Paris par arrêt du 7 novembre 1894 (*Gaz. Palais*, 94, 2, 672; *Ann. Dr. Comm.*, 95, p. 51, note Huvelin), a admis qu'une acceptation était inutile, en exigeant seulement deux formalités : un transfert en garantie et la signification au tiers convenu. Cette décision est critiquée par Guionin (*De la mise en gage des créances et spécialement de l'avance sur titres*, Thèse, Paris, 1907, p. 144); d'après lui cette solution contredit la théorie de la jurisprudence qui refuse d'admettre que la signification puisse équivaloir à la mise en possession pour les créances non constatées par un titre; il n'existe pas en l'espèce de changement matériel apparent s'imposant aux tiers; aussi Guionin sur ce point, comme au sujet des difficultés résultant de la pluralité des titres considère-t-il qu'une intervention législative s'impose.

La Jurisprudence ne se contente pas d'exiger la remise du titre comme seul moyen de réaliser la mise en possession; elle semble même avoir tendance à voir dans cette remise l'élément essentiel de la mise en gage des créances; certaines décisions ont admis que les titres à ordre ou nominatifs

pouvaient être mis en gage par la simple remise du titre, sans endossement ni transfert en garantie, assimilant ainsi au point de vue du gage, ces titres à des titres au porteur (Paris, 28 novembre 1878, S, 79, 2, 129, Note Lyon-Caen; D, 79, 2, 153; Douai, 12 mars 1891, D, 98, 2, 140; Cass. Req., 12 mars 1879, D, 80, 1, 118; Cass., 14 mars 1910, S, 10, 1, 281, note Lyon-Caen). Mais d'après Guionin (Thèse citée, p. 157), le créancier n'aurait dans ce cas qu'un droit de rétention non opposable au tiers et non un véritable droit de gage.

C. - *Observations critiques.* — L'ensemble du système jurisprudentiel sur la mise en possession dans le gage des créances a été critiqué par Becqué (*Traité de* Planiol, *Sûretés réelles*, I, n° 95) dont on peut ainsi résumer les observations : 1° en dehors des créances constituées par un titre au porteur, la remise du titre n'est pas une condition substantielle du gage ; la signification suffit pour dessaisir le constituant; 2° la Jurisprudence s'est trompée sur le sens du terme « mise en possession » appliqué aux créances. A la différence des choses corporelles, et des titres au porteur, la détention du titre est indifférente et ne prouve pas que le droit de créance ait été mis hors de portée du constituant. De plus, elle est inapparente aux yeux des tiers; 3° la théorie jurisprudentielle rend impossible la mise en gage des créances non constatées par un titre; l'avantage qu'aurait l'exigence de la remise du titre d'empêcher des fraudes est souvent illusoire.

De son côté Guionin (Thèse précitée, p. 197) estime qu'au point de vue théorique la conception jurisprudentielle est peu justifiable car pour lui les créances sont des droits incorporels non susceptibles de possession; d'autres formalités de constitution seraient peut-être théoriquement mieux adaptées pour jouer le rôle de publicité que doit remplir la mise en possession; mais au point de vue pratique, la remise du titre équivaut à une mise en possession effectuée lorsque l'exercice du droit est indissolublement lié à la détention du titre; en définitive Guionin conclut qu'il y a là un expédient satisfaisant à peu près tous les intérêts en cause sans qu'il soit bien adapté à aucune des situations créées par le nantissement.

Nous n'apprécierons pas pour l'instant les différentes conceptions émises par la Doctrine et la Jurisprudence à propos de la possession dans le gage de créances, cette question ne pouvant d'après nous être examinée qu'en fonction de la théorie générale du gage; nous réserverons donc l'examen critique des différentes solutions proposées pour la seconde partie de cette étude.

§ 4. *Des effets du contrat de gage dans le gage de créances.* — Le gage des créances a pour but d'affecter au payement de la dette garantie, la créance que le débiteur a contre une tierce personne ou tout au moins sa valeur pécuniaire. Nous n'examinerons pas ici la nature du droit qui est conféré au gagiste ni quel est le véritable objet de ce droit (le droit de créance lui-même ou son objet), nous réservant d'examiner ces questions lorsque nous aurons à déterminer dans notre seconde partie la nature juridique du gage sur une créance. Pour l'instant nous nous contentons d'exposer quels sont les droits reconnus ~~au créancier~~ gagiste et les obligations qui lui sont imposées par la loi et la jurisprudence.

Nous observerons simplement que les solutions que nous allons rencontrer au cours de ce paragraphe peuvent être à peu près toutes rattachées à la théorie classique d'après laquelle le droit de créance considéré comme un meuble incorporel fait lui-même l'objet du droit de gage, les situations juridiques résultant du gage sur les créances étant d'ailleurs identiques à celles qui résultent du gage sur les meubles corporels. Le créancier gagiste aura donc comme dans le gage sur meubles corporels, un droit de rétention et un privilège; il sera tenu de veiller à la conservation du gage et de le restituer après paiement; enfin le constituant sera tenu le cas échéant de lui rembourser les dépenses par lui faites pour la conservation du gage.

Mais la nature du bien engagé n'est pas sans imposer nombre de solutions spéciales et sans engendrer dans l'application des principes régissant les effets du gage en général, des difficultés qui ne se rencontrent pas dans le gage ayant pour objet un meuble corporel.

Nous examinerons successivement les effets du gage avant l'échéance de la dette garantie et au moment de cette échéance

A. - *Effets avant l'échéance.* — Comme dans le gage de meubles corporels, le gagiste n'a pas la jouissance du droit donné en gage qui continue à appartenir avec les prérogatives qui lui sont attachées au constituant. Mais en fait l'exercice de ces prérogatives dépend dans un grand nombre de cas de la détention du titre qui a été remis au créancier gagiste. Il s'agit donc de concilier les droits du constituant qui reste titulaire de la créance donnée en gage avec la détention du titre par le gagiste qui ne peut s'en dessaisir sans perdre son privilège.

Nous étudierons successivement les rapports du créancier gagiste avec le débiteur de la dette donnée en gage, avec le constituant et avec les tiers.

a) *Rapports du gagiste avec le débiteur de la dette engagée.* — Bien que le créancier gagiste n'ait pas en principe la jouissance de la chose donnée en gage, l'article 2081 du Code civil permet au créancier de toucher les intérêts de la créance donnée en gage, à charge de les imputer soit sur les intérêts de sa propre créance soit sur le capital. Il peut donc poursuivre le débiteur en justice pour le paiement des intérêts. On considère généralement qu'il agit alors en qualité de mandataire du débiteur. S. Rogier (*De la mise en gage des créances en droit français*, Thèse, Paris, 1929, p. 92) déclare cependant « qu'il n'y a pas là un véritable mandat, car le gagiste tient son droit de la loi ». Le créancier pourrait même avoir sa responsabilité engagée s'il avait négligé de recouvrer les intérêts et que ceux-ci fussent prescrits en vertu de l'article 2277 du Code civil. S'il s'agit d'une rente donnée en gage, la jurisprudence lui reconnaît le droit d'en toucher les arrérages, bien que ceux-ci représentent une partie du capital (Paris, 21 juin 1893, D, 93, 2, 470; Req., 28 novembre 1894, D, 95, 1, 243).

L'article 91, alinéa 5 C. de com. lui permet de recouvrer les effets de commerce donnés en gage; il n'y a pas là une simple faculté mais une obligation qui est une conséquence de son obligation générale de veiller à la conservation du bien donné en gage, l'absence de poursuites dans les délais

légaux pouvant entraîner une déchéance et diminuer ou même anéantir en fait la valeur de la créance donnée en gage. (1)

En dehors de cette hypothèse, le créancier gagiste pourra-t-il recevoir le capital de la créance engagée si celle-ci vient à échéance avant la sienne propre ? Doctrine et jurisprudence se prononcent en sens contraire; ce serait là une appropriation du gage condamnée par les articles 2078 du Code civil et 93 alinéa 4 du Code de commerce. Mais le débiteur de la dette engagée ne pourra pas non plus payer au constituant sans le consentement du créancier gagiste. Il devra donc à l'échéance, consigner le montant de la créance à la Caisse des dépôts et consignations. Cependant, on admet malgré un arrêt en sens contraire (Bourges, 5 juin 1852, D, 54, 2, 125), qu'une convention particulière pourra donner au gagiste le pouvoir de toucher le capital soit en vertu d'un mandat révocable soit en vertu d'une délégation, celle-ci pouvant intervenir postérieurement à la constitution de gage. Dans le cas de nantissement, d'un marché de travaux publics une disposition expresse permet au gagiste d'encaisser seul le montant de la créance « sauf à en rendre compte à celui qui a constitué le gage, suivant les règles du mandat » (décret du 30 octobre 1935, article 4).

On aurait pu admettre le remploi des sommes touchées, par exemple l'achat de nouveaux titres avec le montant de la dette remboursée; mais la Cour de cassation se refuse à admettre dans cette hypothèse une subrogation réelle qui aurait substitué comme objet du gage les nouvelles créances aux anciennes (Cass. civ., 24 janvier 1905, D, 05, 1, 493, S, 05, 1, 113, note Lyon-Caen); en effet les formalités prévues par les articles 2074 et 2075 du Code civil n'ayant pas été remplies en ce qui concerne les nouveaux titres, ceux-ci ne peuvent faire l'objet d'un droit de gage qui ne remplirait pas les conditions voulues par la loi.

---

(1) Il a été jugé à cet égard que le gagiste, en poursuivant le recouvrement des effets négociables donnés en gage n'agit pas comme mandataire du constituant, mais en vertu d'un « droit propre » et qu'en conséquence, il ne peut se voir opposer par le tiré les exceptions que celui-ci pourrait opposer au constituant (Cass. civ. 13 Mai 1933, Gaz. Pal. 33, 1, 100).

Le gagiste a en outre comme tout créancier le droit d'intenter les actions appartenant à son débiteur, en vertu de l'article 1166. On s'est demandé si au cas où le gage porte sur les actions d'une société anonyme, le gagiste avait le droit d'intenter de son chef une action en responsabilité contre les administrateurs de la Société.

La Cour de cassation (Cass. Req., 5 janvier 1903, D, 03, 1, 118; S, 06, 1, 327; J. des Sociétés, 1906, note Decugis. Cf. Demogue, *Rev. trim. Dr. civil*, 1904, p. 438) l'admet tout en repoussant en l'espèce la prétention du créancier gagiste qui avait perdu la possession du titre. On s'est demandé si ce droit appartenait au créancier gagiste en tant qu'actionnaire ou s'il s'agissait d'une action fondée sur l'article 1382 et la responsabilité délictuelle; la doctrine semble pencher vers cette dernière solution car la première serait contraire aux principes généraux du gage (V. Note Decugis, précitée. Lyon-Caen et Renault, II, 827, 828 bis.; Dalloz, Rep. Suppl., V° Société, n^{os} 1509 - 1525, 1608; *Rev. trim. Dr. civil*, 1905, p. 358). Pour Guionin (Thèse précitée, p. 170) le gagiste ne pourrait agir qu'en vertu de l'article 1166.

b) *Rapports du gagiste et du constituant.* — Ainsi que nous l'avons indiqué le constituant reste seul titulaire de la créance mais le plus souvent se trouvera dans l'impossibilité d'exercer les prérogatives qui y sont attachées faute de détenir le titre remis au gagiste. La difficulté de concilier les droits du gagiste et ceux du constituant s'est principalement posée à l'occasion du gage des actions de sociétés (anonymes ou en commandite par actions) qui représentent non seulement des créances contre la société, personne morale mais encore des parts sociales donnant notamment le droit à leur titulaire de participer à la gestion de la société et de siéger aux assemblées générales. La jurisprudence semble refuser le droit de vote aux assemblées générales au créancier gagiste (Lyon, 21 novembre 1894, *Ann. dr. com^{al}.*, 1895, p. 53, Note Huvelin; Paris, 1er juin 1935, *Gaz. Pal.*, 35, 2, 328).

D'autre part le débiteur ne peut demander au gagiste de lui remettre le titre pour participer à l'assemblée car ce faisant le créancier perdrait d'après la jurisprudence la possession du bien donné en gage et le droit d'opposer son

privilège aux tiers; la Cour de Paris, (1er juin 1935, précité) admet, qu'en pareil cas, un séquestre peut être nommé par Justice pour retirer les actions des mains du créancier gagiste et les déposer au siège de la Société au nom du débiteur pour permettre à celui-ci d'assister à l'assemblée; les actions devant être ensuite restituées au gagiste qui en a conservé la possession, par l'intermédiaire du séquestre et de la Société considérés comme « tiers convenus ».

Pour résoudre ces difficultés on a proposé d'admettre que le créancier gagiste pourrait participer aux assemblées comme mandataire de son débiteur tout en lui reconnaissant le droit d'assurer la conservation de son gage (Huvelin, *Ann. Dr. comm.*, 1895, I, p. 53; Wahl, note sous Trib. Naples, 6 août 1903, S, 10, 4, 1). On fait valoir qu'en vertu de son droit réel, le gagiste a une situation indépendante du propriétaire, que comme tel, il a le droit d'empêcher par son vote les délibérations qui diminueraient la valeur de son gage, alors que le débiteur pourrait par son vote compromettre le gage qu'il a consenti. Sans doute on peut craindre à l'inverse que le créancier gagiste par son vote ne compromette les intérêts du constituant; mais alors il manquerait à l'obligation qui lui est imposée par l'article 2080 de veiller à la conservation du gage et engagerait sa responsabilité envers le constituant. Cependant les intérêts de celui-ci peuvent néanmoins dans cette solution être compromis et c'est sans doute pourquoi la décision précitée l'a rejetée (en ce sens, Lyon-Caen et Renault, II, 2e partie, no 845)

On a aussi proposé d'admettre que le privilège du gagiste n'était pas perdu par cela seul qu'il remettait provisoirement le titre au constituant pour permettre à celui-ci d'accomplir un acte qu'il a seul capacité pour faire (Demogue, *Rev. trim. Dr. civil*, 1904, p. 428); mais il faut bien convenir que cette solution compromettrait grandement l'effet de la publicité réalisée par la dépossession du titre; car c'est justement parce que le constituant ne peut pas se servir du titre alors qu'il en a besoin que la dépossession devient apparente aux yeux des tiers.

On a enfin suggéré d'accorder le droit de vote à la fois au gagiste et au constituant qui devraient se mettre d'accord pour désigner l'un d'eux ou pour donner mandat à un tiers

de les représenter; en cas de désaccord, un représentant commun serait désigné par le Tribunal ou le juge des référés; ce serait probablement la meilleure solution car les droits attachés à l'action sont en quelque sorte démembrés et appartiennent en réalité aux deux à la fois; (V. Wahl; note citée; S. Rogier, thèse citée, p. 155 et 156). Malheureusement cette solution supposerait l'intervention du législateur; il faudrait en outre, au cas où le mandataire commun serait le constituant qu'une mention sur le titre ou tout autre procédé rendit apparente la constitution de gage et le maintien de la possession au créancier gagiste. En l'absence de toute disposition légale, on se trouve amené à conclure qu'aucun des deux intéressés ne pourra user des prérogatives attachées au titre et qu'en l'absence d'un mandat spécial donné par le constituant au gagiste, ni l'un ni l'autre ne seront représentés aux assemblées générales (Thèse Guionin, p. 176).

c) *Rapports du gagiste et des tiers.* — Les tiers sont naturellement tenus de respecter le droit du gagiste tant que celui-ci est en possession du titre de la créance. Il peut même, conformément à ce que nous avons vu à propos du gage sur meubles corporels, recouvrer cette possession par la revendication, en cas de perte ou de vol des titres. D'autre part, en ce qui concerne les créances représentées par des titres au porteur, étant donnée l'assimilation de ceux-ci à des meubles corporels et l'identification de la créance avec le titre, il pourra, au cas où le constituant ne serait pas le véritable propriétaire des titres, invoquer à l'égard des tiers et notamment du propriétaire, l'article 2279 et la maxime « En fait de meubles possession vaut titre », pourvu qu'il soit de bonne foi et qu'il ne s'agisse pas de titres perdus ou volés; en fait, c'est même à propos de titres au porteur, que les décisions citées à propos du gage sur meubles corporels et qui reconnaissent au gagiste le droit d'invoquer l'article 2279, sont intervenues.

Mais la possession peut être perdue par le gagiste à raison d'un fait indépendant de sa volonté, et sans qu'il y ait abandon du titre de sa part. En l'absence de tout lien direct entre le gagiste et le débiteur de la créance donnée en gage, un accord de volontés entre le constituant et son débiteur

peut substituer au droit engagé un droit nouveau par suite d'une substitution de créance ou de la dissolution de la société émettrice des titres absorbée dans une société nouvelle. Les tiers pourront-ils opposer cette transformation de la créance au créancier gagiste ou celui-ci pourra-t-il prétendre que son privilège subsiste sur la créance nouvelle ou considérer la convention intervenue sans son consentement comme non avenue à son égard? Nous savons déjà que la Jurisprudence se refuse à admettre la subrogation réelle résultant de l'acquisition d'une créance nouvelle en remplacement de l'ancienne; en ce cas, la Cour de cassation exige un nouveau contrat de nantissement affectant la créance nouvelle (Cass., 24 janvier 1905 cité plus haut). De même au cas où l'actif d'une société en nom collectif dont les parts d'intérêt avaient fait l'objet d'une constitution de gage, a été transféré à une société anonyme qui s'était engagée à payer aux associés en nom collectif, leur part de l'actif social, part faisant l'objet du gage, la Jurisprudence s'est refusée à admettre la persistance du privilège des gagistes, faute de signification à la société anonyme (Cass. civ., 27 décembre 1904, D, 06, 1, 145, Note Appleton; S, 06, 1, 393, Note Naquet). En réalité il semble que ce que l'on exige, c'est moins un nouveau contrat de gage que le renouvellement des formalités nécessaires pour rendre le gage opposable aux tiers; pour que le titre dont le gagiste a la possession, reflète les transformations subies quant à son montant ou sa nature par le droit qu'il représente, il faut que celui-ci exige la remise des titres constatant les créances nouvelles et en cas de changement du débiteur de la créance donnée en gage, fasse à celui-ci la signification prévue par les articles 2075 du Code civil et 91, 4° du Code de commerce dans les cas où elle est nécessaire. Faute de ces formalités le gagiste ne pourra opposer son droit aux tiers.

B. - *Effets à l'échéance.* — Le gagiste a le droit de faire vendre la créance donnée en gage et de se faire payer sur le prix par préférence aux autres créanciers.

Cette vente s'effectue par l'intermédiaire des agents de change pour les titres négociables en Bourse et par un notaire ou un autre officier public commis par le Tribunal,

pour les autres créances. Le créancier peut également se faire attribuer la créance par justice.

Il ne peut pas s'approprier le gage et tout ce que nous avons dit du pacte commissoire en matière de gage sur meubles corporels est également exact pour le gage de créances, sous réserve de l'application de l'article 91, alinéa 5, pour les effets de commerce. Mais le créancier peut recevoir de son débiteur un mandat révocable lui permettant de vendre la créance; il sera en ce cas responsable des deniers envers le constituant, sauf compensation à concurrence de sa propre créance.

La compensation est également un mode de réalisation du gage, lorsque le créancier a pris en gage une créance contre lui-même, comme le cas se présente dans les avances sur police : en cas de faillite de l'assuré si une indemnité est dûe à celui-ci pour sinistre, la Compagnie pourra opposer à la masse son privilège pour compenser à due concurrence l'indemnité due avec les avances par elle faites.

§ 5. *Le gage de créances et les contrats voisins.* — Parfois des opérations de banque qui portent dans la pratique le même nom constituent tantôt des gages de créances tantôt d'autres contrats. C'est ainsi que le report constitue tantôt un nantissement tantôt une vente de titres. D'autre part, il y a parfois un doute en doctrine et en jurisprudence sur le caractère juridique du contrat, certains le considérant comme un gage, d'autres comme d'une nature différente. C'est ainsi que nous avons vu à propos des obligations non encore souscrites que là où la Cour de cassation et la majorité de la doctrine voient un gage, certains auteurs voient simplement une application du contrat de mandat avec des modalités spéciales.

Sans avoir la prétention d'envisager tous les cas de ce genre, nous signalerons simplement les cas les plus fréquents dans lesquels un rapprochement ou une confusion peuvent être faits entre le gage de créances et d'autres contrats.

A. - *Gage et vente de titres. - Report.* — Le report est une opération de Bourse par laquelle une personne remet à une autre généralement un banquier, des titres négociables en Bourse contre paiement de leur valeur en se réservant d'en

réclamer la restitution à une échéance déterminée contre remboursement de cette valeur augmentée de certains droits ou commissions. Des arrêts anciens de Cours d'appel (1868 et 1869) avaient vu dans cette opération un nantissement, la somme versée contre la remise des titres étant considérée comme le montant d'un prêt remboursable à l'échéance fixée, le détenteur des titres ayant la qualité de créancier gagiste et la propriété de ces titres restant à leur possesseur antérieur. La Cour de cassation a ensuite vu dans l'opération une double vente : vente au comptant accompagnée d'une vente à terme ou conditionnelle (Cass., 1er mars 1897, S, 97, 1, 220, D, 97, 1, 411, Note Boistel). Puis elle y a vu un contrat de nature spéciale se rapprochant davantage de la vente que du nantissement, et cette opinion paraît partagée par la doctrine (Cass. civ., 6 mai 1902, D, 03, 1, 99; Allix, Thèse, Paris, 1900; Thaller et Percerou, nos 936 et 947; Lyon-Caen et Renault, IV, 5e éd., no 988 bis). Dans ce système, le reporteur acquiert la propriété des titres, a le droit d'en disposer librement, de toucher les coupons échus, les primes ou lots qui viendraient à échoir pendant le report, d'assister aux assemblées générales, etc... il serait simplement débiteur de titre de même nature. Ces conséquences seront le plus souvent conformes à l'intention des parties. Mais il se peut que dans certains cas, elles veuillent réaliser un nantissement; le reporteur veut simplement réaliser un placement temporaire sans avoir l'intention d'obtenir la propriété des titres; le reporté de son côté entend conserver la propriété des titres pris individuellement et en recouvrer la possession à l'échéance. En définitive la nature juridique du contrat dépendra de l'intention des parties soit qu'elle soit exprimée formellement soit qu'on puisse la déduire des circonstances de la cause.

B. - *Gage et dation en paiement des titres.* — La possibilité d'une confusion entre le gage et la dation en paiement, se pose principalement à l'occasion de l'opération appelée couverture par laquelle un banquier se fait remettre des titres en garantie des différences qui pourront être mises à la charge de son client. Là encore c'est l'intention des parties qui déterminera la nature du contrat. D'après la Cour de

cassation, il faut pour qu'il y ait dation en paiement et que l'intermédiaire puisse disposer des titres, qu'il soit intervenu entre les parties une convention spéciale à un moment où le client connaît les pertes auxquelles il aura à faire face. A défaut, la couverture sera considérée comme un gage de créances garantissant la dette éventuelle du client.

C. - *Gage et compte-courant.* — Dans le cas où une Banque a ouvert un compte-courant à un de ses clients, il se peut que celui-ci lui ait remis des titres en vue de lui en transférer la propriété à charge de porter le produit de la vente au compte du client. Il se peut également qu'il ait simplement voulu concéder à la Banque un droit de gage sur les titres en garantie des sommes dont il pourrait lui être redevable à la clôture du compte. Ici encore ce seront les circonstances à défaut d'intention formellement exprimée qui permettront de déterminer la nature juridique de l'opération (Bruchère, *Traité des valeurs mobilières*, n^{os} 898 à 900; Cass. civ., 6 juin 1865 (D, 65, 1, 484); Cass. Req., 9 juillet 1885, D, 86, 1, 419).

On a également voulu voir une opération de compte-courant entre la Compagnie d'assurances et l'assuré dans l'avance sur police ayant pour objet la valeur de rachat provenant de l'excédent des premières primes dans un contrat d'assurances sur la vie; la Compagnie serait simplement dépositaire de la valeur de rachat pour le compte de l'assuré qui a droit au remboursement lorsqu'il quitte la Société (Jug. Trib. civ. Seine, 9 décembre 1903, *Journal des Assurances*, 1904, p. 70, Note Oudiette; *Gaz. Pal.*, 03, 2, 653).

En réalité, il faut simplement voir dans cette opération un prêt sur nantissement de créance, la Compagnie étant devenue propriétaire de l'excédent par le versement (Paris, 30 juin 1904, *Journal des Assurances*, 1904, p. 538 et *Gaz. Pal.*, 04, 2, 113).

D. - *Gage et avance sur titres.* — Nous avons déjà dit que l'avance sur titres n'était que la forme la plus usuelle du gage de créances ; elle est en définitive un composé de deux contrats : un prêt et un nantissement. Mais si les deux contrats sont juridiquement distincts, le gage sur les titres donnés en garantie ou plus exactement sur les créances que ces titres représentent, venant garantir le remboursement

du prêt consenti par une Banque, il est des cas où les conventions sont intimement mêlées au point de sembler former un tout. C'est ainsi que la Banque de France et divers autres établissements de crédit soumis à des règles spéciales ne peuvent en vertu de leurs statuts consentir des avances à leurs clients que si ces avances sont garanties par un nantissement sur certaines valeurs déterminées (titres d'Etat, obligations et actions des Compagnies de Chemin de fer français, obligations du Crédit foncier, des villes, de certaines Chambres de commerce, etc... pour la Banque de France - Ordonnance du 15 juin 1834, art. 2 et 3). La Cour de cassation a déduit de la nécessité d'une relation entre le prêt et le nantissement que l'acte unique qui constate les deux conventions dont chacune fait naître des obligations à la charge de chaque partie (obligation pour le client emprunteur de rembourser l'avance-obligation pour la Banque de restituer les titres après paiement) devait être dans la forme assujetti aux règles régissant les contrats synallagmatiques (Art, 1325, C. civ. double exemplaire) et que par contre les formes de l'article 1326 (« bon » ou « approuvé ») prévues pour les conventions unilatérales n'étaient pas applicables (Cass., 8 mars 1887, S, 90, 1, 257, note Lyon-Caen, D, 87, 1, 264; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit comm.*, III, 318, note 1, p. 238, note 5)

On a parfois dit que cette décision faisait du prêt un gage une conventon synallagmatique distincte du nantissement proprement dit (V. Lyon-Caen et Renault, passage cité; G. Marais, *Du gage commercial*, p. 18; Guionin, Thèse citée, p. 66); elle ne concerne que la forme de l'écrit destiné à constater les conventions et ne porte nullement atteinte à la nature des deux contrats unilatéraux de prêt et de gage qui restent juridiquement distincts.

Section II.

Du gage des biens incorporels autres que les créances

Les biens incorporels comprennent outre les créances, les produits de l'intelligence humaine lorsqu'ils sont susceptibles d'une utilisation privative et comme tels peuvent faire l'objet de droits que l'on a assimilé à des droits de propriété (propriété industrielle, littéraire et artistique) et certaines formes d'universalités.

Nous étudierons donc successivement dans deux paragraphes le gage sur les œuvres intellectuelles et les rapports de la notion de gage avec celle d'universalité.

§ 1. *Le gage et les droits intellectuels.* — Les découvertes et inventions susceptibles d'une exploitation industrielle, les procédés commerciaux pouvant être utilisés d'une façon exclusive par un négociant ou un industriel, enfin les œuvres littéraires et artistiques ne sont autre chose que des produits de l'esprit humain dont l'exploitation représente incontestablement pour leur inventeur ou leur auteur une valeur pécuniaire. Ce sont des idées se manifestant sous la forme d'un symbole extérieur variant avec le caractère de l'idée (manuscrits, tableaux, statues pour la propriété artistique et littéraire, dessins et marques de fabrique pour la propriété industrielle); parfois cette manifestation exige en fait pour se réaliser, la possession de certain objets matériels (planches gravées, pierres lithographiées); d'autres fois l'idée est représentée par un titre qui incarne en quelque sorte l'idée à exploiter et dont la possession ou la propriété est en même temps une des conditions d'acquisition et d'exercice d'un droit privatif à cette exploitation (brevet d'invention; certificat de dépôt des dessins et marques de fabrique).

Le droit d'une personne à exploiter la découverte ou plus généralement l'idée nouvelle, à reproduire l'œuvre intellectuelle ou artistique dont il est l'auteur ou l'inventeur est ordinairement considéré comme ayant pour objet un bien incorporel auquel on attribue un peu arbitrairement le caractère mobilier parce qu'il a pour objet des bénéfices

pécuniaires (V. Simon, thèse citée, p. 106) et étant lui-même à raison de la confusion que nous avons déjà relevée un bien mobilier incorporel. Ces droits sont ordinairement qualifiés de droits de propriété (industrielle, artistique ou littéraire) bien que leur objet soit par essence immatériel et que le propre de la propriété et de tous les droits réels proprement dits soit de porter sur des choses matérielles.

On considère ordinairement que ces droits eux-mêmes peuvent faire sous certaines conditions l'objet d'un droit de gage; en réalité ainsi que nous l'établirons plus nettement dans notre seconde partie, ce n'est pas le droit lui-même qui fait l'objet d'un gage ou d'une sûreté quelconque mais son objet, c'est-à-dire l'idée à exploiter envisagée non point en elle-même dans son individualité mais au point de vue de sa valeur pécuniaire.

Nous envisagerons successivement à ce sujet, en nous servant de la terminologie usuelle, d'une part la propriété industrielle, d'autre part la propriété littéraire et artistique.

A. - *Propriété industrielle* (Brevet d'invention, dessins et marques de fabrique). — Aux termes de l'article premier de la loi du 15 juillet 1844 « Toute nouvelle découverte ou invention dans tous les genres d'industrie, confère à son auteur... le droit exclusif d'exploiter à son profit la dite découverte ou invention; ce droit est constaté par des titres délivrés par le gouvernement sous le nom de brevets d'invention ».

Personne ne met en doute la possibilité pour le breveté de donner en gage la valeur pécuniaire, l'élément patrimonial que représente pour lui son droit d'exploitation et cette possibilité est consacrée législativement par l'article 4 de la loi du 26 juin 1920 qui soumet à une publicité dont nous parlerons tout à l'heure « la concession d'un droit... de gage relativement à un brevet ».

a) *Formalités de constitution et mise en possession.* — Cette question n'en avait pas moins donné lieu avant 1920 à de grandes divergences dans la doctrine tant en ce qui concerne les formalités de constitution du gage que la mise en possession.

Tout le monde est d'accord pour appliquer au gage d'un brevet d'invention l'exigence d'un acte écrit enregistré, quelle que soit la valeur de la créance garantie conformément à l'article 2075 du Code civil sous réserve de l'article 91 § 1 du Code de commerce en cas de gage commercial (Lyon-Caen et Renault, III, n° 283).

En était-il de même de la signification également prévue par l'article 2075 du Code civil? La signification est ici impossible en l'absence d'un débiteur soit que l'on considère le droit du breveté comme un droit réel (Laurent, XXVIII, n° 462, p. 455) soit que l'on considère que le débiteur est ici le public tenu d'une obligation de ne pas faire, opinion qui se rattache à la théorie qui fait du droit réel une obligation passive universelle (Renouard, *Traité des brevets d'invention*, 3e éd., p. 400; Simon, thèse citée, p. 107).

Aussi Huc (XII, p. 421, n° 362) considérant la signification comme indispensable dans le gage de tous les meubles incorporels, déclarait-il en conséquence que le droit d'inventeur ne pouvait faire pratiquement l'objet d'un gage, faute de signification.

Certains auteurs proposaient de suppléer à la signification par une formalité de publicité. L'article 20 de la loi du 5 juillet 1844 organisait la publicité des cessions de brevets par l'enregistrement de l'acte au secrétariat de la préfecture sur un registre. On avait proposé, malgré le silence de la loi, de soumettre le nantissement du droit d'inventeur aux mêmes formalités (Pellisier, *Manuel pratique de droit commercial*, Paris, 1895, II, V° *Gage commercial*, n° 7, p. 178; Le Senne, *Brevets d'invention et droits d'auteurs*, n° 271).

Mais cette opinion était repoussée par la majorité des auteurs et par la Jurisprudence (Pouillet, *Traité des brevets d'invention*, p. 191, n° 201, Pont, II, n° 1107; Allard, *Traité des brevets d'invention*, 1887, II, p. 117 et 118, n° 199; Lyon-Caen et Renault, III, n° 283. Paris, 29 août 1865, D, 65, 2, 231; S, 66, 2, 24)

On considérait en général que ni signification ni formalité de publicité n'étaient nécessaires mais qu'il suffisait de mettre le créancier gagiste en possession en lui remettant le brevet et c'est à cette solution que s'était ralliée la Cour de Paris dans l'arrêt précité (Lyon-Caen et Renault, op. cit.,

III, nº 283; Pouillet, op. cit., p. 191, nº 201; Bry, *Cours élémentaire de législ. industrielle*, Paris, 1895, p. 550; Baudry-Lacantinerie et De Loynes, I, nº 34, p. 23, nº 78, p. 68; Paris, arrêt cité).

La loi du 26 juin 1920, article 4 exige aujourd'hui pour que le droit du créancier gagiste puisse être opposé aux tiers, une inscription sur le registre spécial des brevets d'inventions tenu à l'Office national de la propriété industrielle. Celui-ci est tenu de délivrer à tous ceux qui le requièrent un état des inscriptions subsistant sur les brevets donnés en gage, ou un certificat constatant qu'il n'en existe aucune.

Cependant la remise du brevet continue à être nécessaire pour réaliser la mise en possession du créancier (S. Rogier, thèse citée, p. 270).

Il y a lieu de remarquer à ce sujet que le breveté a la faculté de se faire remettre moyennant le paiement d'une taxe supplémentaire plusieurs expéditions du brevet (Loi du 5 juillet 1844, art. 11),; il peut donc engager successivement son droit à plusieurs créanciers; en ce cas, il semble, malgré le silence de la loi de 1920, que depuis cette loi, l'ordre de priorité entre les différents gagistes se règle suivant la date des inscriptions à l'Office National de la propriété industrielle.

b) *Effets du gage.* — Quels sont les *effets de la constitution de gage* ? — Le créancier acquiert sur l'invention ou plus exactement sur la valeur pécuniaire de celle-ci, un droit que nous pouvons sous réserve de précisions ultérieures, assimiler à un droit réel du second degré ainsi que la possession de l'invention dans la mesure où elle est concevable. Il n'a pas le droit d'exploiter lui-même mais seulement de veiller à ce que la valeur de l'invention ne soit pas diminuée et de réaliser cette valeur à l'échéance en faisant vendre le brevet et les droits qui y sont attachés pour exercer son privilège sur le prix.

C'est ainsi qu'il a le droit, en vue d'éviter une diminution de la valeur de son gage, d'intenter l'action en contrefaçon contre ceux qui se seraient fait délivrer postérieurement des brevets ayant pour objet la même invention. Il a la détention du brevet et dans une certaine mesure de l'invention

elle-même et doit veiller à la conservation des droits du breveté en même temps que des siens propres. Il a enfin un droit de rétention; mais celui-ci ne peut atteindre l'exploitation de l'invention que dans la mesure où celle-ci est attachée à la détention du brevet, il peut se trouver compromis par l'existence d'expéditions postérieures du brevet et par leur mise en gage à d'autres créanciers.

c) *Marques de fabrique, dessins et modèles.* — En ce qui concerne les marques de fabrique et de commerce, l'article 2, alinéa premier de la loi du 26 juin 1920 prescrit pour leur mise en gage les mêmes formalités de publicité que celles prescrites pour les brevets d'invention par l'article 4 de la même loi; c'est-à-dire l'inscription sur les registres de l'Office national de la propriété indistrielle.

En outre, la remise du brevet se trouve ici remplacée par la remise du certificat de dépôt délivré par le Greffe du Tribunal de commerce où le dépôt de marque a été fait conformément aux dispositions de la loi du 23 juin 1857, article 2, modifié par la loi du 3 mai 1890.

Les dessins et modèles soumis au régime de la loi du 14 juillet 1909 peuvent également être mis en gage; le titre remis au créancier gagiste est ici le certificat de dépôt qui émane suivant les cas soit du secrétariat du conseil des prud'hommes soit du Greffe du Tribunal de commerce. En outre si le même objet peut être considéré à la fois comme un dessin ou modèle nouveau et une invention brevetable, il sera soumis, d'après les dispositions de l'article 2, alinéa 2 de la loi du 14 juillet 1909 aux dispositions qui régissent les brevets d'invention.

B. - *Propriété littéraire et artistique* (droits d'auteur). — Le droit d'auteur est, on le sait, le droit exclusif mais temporaire, d'exploiter les produits qu'une conception artistique ou littéraire peut procurer. Encore faut-il pour que cette conception soit susceptible d'exploitation ou si l'on veut d'appropriation qu'elle se concrétise dans un objet extérieur (livre, tableau, statue) et le droit d'auteur s'analyse en définitive dans un droit de publication et de reproduction exclusive de l'œuvre originale qui extériorise la conception intellectuelle de l'auteur et la manifeste aux yeux du public.

Ce droit est évidemment un droit patrimonial ayant une valeur pécuniaire variant avec la nature de l'œuvre le talent de l'auteur, les qualités qu'il y a déployées et parfois aussi les circonstances extérieures et le goût du public.

Tout le monde admet qu'en principe, ce droit considéré comme mobilier et incorporel, est susceptible de gage dans les conditions exigées pour le gage des meubles incorporels.

On admet également qu'en l'absence de tout tiers obligé personnellement, la signification imposée par l'article 2075 du Code civil pour les créances est ici inutile.

Toute la question est de savoir comment sera réalisée la mise en possession du créancier gagiste.

D'après la jurisprudence, la possession du bien engagé, c'est-à-dire dans la conception courante que nous avons déjà critiquée, et sur laquelle nous reviendrons, du droit lui-même, sera transmise au créancier gagiste par la remise des moyens matériels d'exploitation du droit, des objets extérieurs qui en sont la manifestation (manuscrits, statues, tableaux, clichés, planches gravées, etc...) (Trib. Seine, 19 juillet 1843 et 2 mai 1848 cités par Blanc, p. 239.; Paris, 24 avril 1863, *Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire*, IX, 63, 384, art. 991; Paris, 15 janv. 1874, D, 75, 2, 43, S, 76, 2, 107; Lyon-Caen et Renault, III, n° 284; Pouillet, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, n° 198.)

On a objecté qu'il serait difficile de discerner entre la mise en gage de ces objets pris individuellement ou de l'œuvre qu'ils concrétisent et représentent (V. Simon, thèse citée, p. 111); mais en fait les circonstances révèleront presque toujours même extérieurement en quelle qualité ces objets sont pris dans un rapport donné.

La possession de ces objets n'est d'ailleurs conférée au créancier que pour lui permettre de sauvegarder ses droits sur la valeur pécuniaire qui est affectée au paiement de sa créance en même temps que pour prévenir les tiers de cette affectation. En conséquence, il ne peut pas utiliser ou exploiter l'œuvre à son profit avant l'échéance; à plus forte raison, il ne peut pas porter atteinte au « droit moral » de l'auteur de s'opposer aux modifications de son œuvre; il doit veiller à la conservation de l'œuvre et de ses moyens d'utilisation; il est tenu à restitution après payement et à défaut de payement,

il n'a que le droit de faire vendre le droit d'auteur sans pouvoir se l'approprier.

§ 2. *Le gage et la notion d'universalité.* — Le droit de gage peut-il avoir pour objet non seulement un bien isolé mais encore un ensemble de biens, divers par leur nature et leur origine, considérés moins dans leur individualité matérielle, physique, que dans leur valeur pécuniaire c'est-à-dire une universalité? La réponse à cette question varie à notre avis suivant qu'il s'agit d'universalités de fait ou d'universalités de droit. Nous n'avons pas l'intention d'entrer ici dans le détail des discussions auxquelles a donné lieu la notion d'universalité sous ses deux formes; un tel examen déborderait trop visiblement le cadre de cette étude; nous nous bornerons donc à faire état pour résoudre le problème des derniers travaux qui ont contribué à élucider la notion d'universalité, (V. Gary, *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit*, Thèse, Bordeaux, 1932).

A. - *Universalités de fait.* — L'universalité de fait est un ensemble de biens ou éléments purement actifs de nature identique (troupeau, bibliothèque, galerie de tableaux) ou différente (fonds de commerce, exploitation culturale, train de culture) qui, tout en conservant une large individualité, peuvent être considérés comme un objet unique susceptible d'une utilisation globale; c'est un mode spécial d'utilisation de l'objet, une modification de l'objet du droit que l'on a pu comparer à la copropriété, modification du sujet, Cette utilisation globale présente une certaine valeur pécuniaire et peut faire l'objet d'une affectation directe et spéciale au paiement d'une créance. En tant que faisant l'objet de cette utilisation, les éléments qui composent l'universalité de fait, peuvent être considérés comme un seul bien susceptible de faire l'objet soit d'un droit de propriété soit d'autres droits réels (usufruit, gage, etc...).

La nature de l'universalité comme bien variant avec ses éléments composants, il en est de même des sûretés dont elle peut faire l'objet.

Certaines universalités de fait, tels les fonds de commerce comprennent à la fois des biens corporels et des biens incorporels; en ce cas les éléments corporels localisent en

quelque sorte les éléments incorporels qui s'y attachent et pour ainsi dire s'y incorporent; bien qu'on s'accorde généralement en pareil cas à voir dans l'universalité prise en elle-même un bien incorporel, c'est la nature des éléments corporels et aussi des objets extérieurs qui symbolisent et concrétisent certains des éléments incorporels, avec la physionomie spéciale que tous ces éléments empruntent du fait qu'ils font partie de l'universalité, qui détermine le régime juridique de la sûreté s'appliquant à celle-ci; nous en verrons plus loin l'exemple le plus typique dans le nantissement des fonds de commerce.

Lorsque l'universalité de fait comprend seulement des meubles corporels (bibliothèque, galerie de tableaux, etc..), le droit de gage qui est établi sur l'universalité obéit aux règles du gage sur les meubles corporels. Cependant même dans ce cas les caractères propres de l'universalité apparaissent dans le caractère fongible des éléments qui la composent; ce caractère, commun aux universalités de fait et de droit, (V. Gary, Thèse citée, p. 304 et 305) permet de substituer aux éléments de l'universalité, des éléments nouveaux de même valeur sans modifier l'objet des droits qui portent sur l'universalité prise en elle-même, puisque celle-ci a une existence distincte des éléments qui la composent et que ceux-ci sont considérés au point de vue de leur caractère économique, de leur valeur pécuniaire et non dans leur individualité respective. C'est ainsi que « quand un troupeau par exemple, fera l'objet d'un rapport de droit, on ne considère pas les divers éléments de ce troupeau *in specie*, mais bien le nombre de têtes et leur valeur; les têtes du troupeau peuvent bien changer; celui-ci sera censé demeurer toujours le même ». (Gary, p. 309). Cette possibilité d'une substitution, d'un remplacement qu'on a tenté d'expliquer par l'idée de subrogation réelle générale, s'explique en réalité simplement par les caractères généraux de l'universalité sans qu'il soit besoin de faire intervenir la notion de subrogation réelle qui ne peut s'appliquer qu'à des biens déterminés et individualisés.

La Cour de cassation qui se refuse ainsi que nous l'avons déjà dit à faire application de l'idée de subrogation réelle au droit de gage, n'a fait qu'appliquer ces principes, en déci-

dant que lorsque l'objet du gage consiste dans des choses fongibles, formant un lot de marchandises, déposé dans un magasin général, le gage porte en réalité sur le lot pris en lui-même; c'est-à-dire comme universalité de fait; les marchandises qui le composent peuvent donc être remplacées au fur et à mesure de leur vieillissement sans que l'objet du gage soit modifié (Cass. Req., 10 mars 1915, D, 1916, 1, 241; S, 16, 1, 5).

B. - *Universalité de droit.* — L'universalité de droit est un ensemble de biens reliés entre eux par la nécessité de répondre à un passif corrélatif; elle peut comprendre non seulement des choses matérielles faisant l'objet de droits réels mais encore des droits de créance, des droits intellectuels, etc... et à côté de ces éléments actifs, des éléments passifs, les dettes qui se trouvent reliés aux éléments actifs, ceux-ci leur servant en quelque sorte de garantie. Le type de l'universalité de droit est le patrimoine qui englobe l'ensemble des biens présents et futurs d'une personne.

Les universalités de droit ne sont pas elles-mêmes des biens pouvant faire l'objet de droits, mais des ensembles de droits et d'obligations liés les uns aux autres; sans doute si on envisage une universalité à un moment donné, les éléments actifs et passifs qui la composent paraissent former un tout ayant une valeur pécuniaire distincte, à raison du caractère fongible de ses éléments; mais cette valeur n'est que la somme des valeurs des biens actifs composant l'universalité déduction faite de celle des prestations dues par le ou les titulaires de l'universalité; ainsi que nous le verrons ultérieurement à propos de la notion de droit réel, il ne saurait être question de droits réels généraux portant sur l'universalité car il n'y a pas en réalité de mode d'utilisation de l'universalité en tant que telle; ce qui est utilisé ou approprié, ce sont les biens la composant ou leur valeur. C'est ce qui nous permet de repousser la théorie d'après laquelle le bénéfice de séparation des patrimoines constituerait un cas de gage « tacite » (V. supra, p. 59); il y a là une confusion entre le droit de gage général des créanciers chirographaires du *de cujus* qui se fixe après sa mort sur une quote-part du patrimoine des héritiers et le droit de gage proprement dit.

Cependant, lorsque l'universalité de droit a plusieurs titulaires, ce qui se présente dans l'hypothèse de l'indivision, il semble que chacun d'eux ait un droit sur une portion de l'universalité, droit distinct de ceux existant sur les biens qui composent l'universalité et appartenant à tous, et qu'il puisse non seulement céder son droit mais encore affecter d'une manière spéciale, cette quote-part d'universalité qui a une valeur pécuniaire, au paiement d'un de ses créanciers. Le type de l'indivision est en droit français l'indivision héréditaire; on peut citer aussi comme constituant une indivision l'ensemble des biens affectés au fonctionnement d'une société qui n'aurait pas la personnalité morale; mais ce cas se présentera rarement, les sociétés commerciales ayant de plein droit cette personnalité et la jurisprudence ayant fini, après certaines hésitations à la reconnaître aux sociétés civiles ; nous nous contenterons donc d'envisager le cas de l'indivision entre héritiers.

La notion d'indivision héréditaire a subi dans notre droit une évolution insensible qui a abouti à la transformer en une masse autonome dotée d'un actif et d'un passif propres alors que les auteurs du Code la considérant comme un état transitoire destiné à prendre fin le plus tôt possible par le partage, en avaient exclu les créances et les dettes qui, aux termes de l'article 1220, se divisaient de plein droit entre les héritiers (V. Gary, Thèse citée, p. 228 et s.).

La part d'un héritier dans une succession mobilière, est ordinairement considérée comme un meuble incorporel distinct des biens mobiliers composant l'actif de la succession et pouvant en tant que tel faire l'objet d'une constitution de gage (V. Simon, thèse citée, p. 112).

Mais des discussions se sont élevées sur le point de savoir comment dans ce cas sera réalisée la mise en possession du créancier gagiste. En cas de succession testamentaire, on admet que la remise du testament qui constitue le titre de l'héritier, aux mains du créancier gagiste, transmettra à celui-ci la possession du droit de son débiteur sur la succession.

Mais les difficultés commencent lorsqu'il s'agit d'une succession *ab intestat* car les droits de l'héritier dérivent de la la loi. Un jugement du Tribunal civil de la Seine du 12 novembre 1890 (reproduit sous Cass., 19 février 1894, D, 94,

1, 120; S, 94, 1, 273) avait considéré comme réalisant cette mise en possession la remise de l'intitulé d'inventaire qui constate les qualités des héritiers et la signification adressée à l'administrateur provisoire de la succession nommé par Justice. Deux arrêts de la Cour de Paris (25 février 1889, Dalloz, *Répertoire de législation*, Suppl., V° Nantissement, n° 93, et 19 décembre 1891, Dalloz, Suppl. *eod-verbo*, n° 39, rendu sur l'appel du jugement du 12 novembre 1890 précité) considéraient également cette signification comme suffisante, l'administrateur judiciaire étant considéré comme tiers convenu, et comme détenant l'hérédité pour le compte du créancier gagiste. La Cour de cassation par arrêt du 19 février 1894, (D, 94, 1, 420; S, 94, 1, 273, Note Lyon-Caen) a écarté ce système en exigeant dans tous les cas pour le gage de meubles incorporels, la remise du titre et en consacrant l'impossibilité, faute de titre constitutif, de la mise en gage de droits successifs dans une succession *ab intestat*.

Un jugement du Tribunal civil de la Seine du 11 avril 1923 (*Gaz. Pal.*, 23, 1, 611) sans se prononcer sur ce point, admet la mise en gage de droits successifs et l'inutilité d'une signification, celle-ci n'étant exigée que dans le cas de cession ou de mise en gage de créances, droits et actions sur un tiers et l'hérédité constituant « non un droit sur un tiers, mais une universalité juridique comprenant l'actif et le passif héréditaires ».

On peut donc dire, en faisant abstraction de difficultés relatives à la mise en possession, que la Jurisprudence admet la possibilité de donner en gage une quote part d'hérédité.

On peut se demander en ce cas quel est le bien donné en gage : d'après l'arrêt de la Cour de Paris du 19 décembre 1891, l'objet du gage serait un droit réel « Considérant, dit cet arrêt, que tant que la liquidation n'a pas eu lieu, les héritiers ne possèdent qu'un droit réel certain dans son existence, incertain dans sa consistance seulement et dont la réalisation reste plus ou moins éloignée »; ce droit est d'après la Cour « susceptible soit d'être cédé soit d'être donné en nantissement, alors qu'il est constant en fait qu'il s'agit d'une succession exclusivement mobilière »; elle en tire cette conséquence que la signification de l'article 2075 n'est pas obligatoire

« Considérant que... cette prescription obligatoire quand l'objet mis en gage consiste en un droit personnel, devient par la force même des choses, inapplicable à l'hypothèse où le nantissement porte sur un droit réel et où il n'y a pas de débiteur ».

Le jugement précité du Tribunal civil de la Seine du 11 avril 1923, sans dire expressément que le droit de l'héritier est un droit réel et en reconnaissant à l'hérédité la qualité d'universalité de droit, paraît consacrer la même idée.

Nous avons déjà dit et nous y reviendrons plus loin qu'à notre sens le droit de gage (pas plus qu'un autre droit) ne peut avoir un droit, qu'il soit personnel ou réel, pour objet ou en d'autres termes qu'il n'y a pas de « droits sur des droits ». D'un autre côté les décisions précitées se sont bien gardées de préciser quel était l'objet du droit du cohéritier; en réalité celui-ci est titulaire avec d'autres de droits réels ou de créance et codébiteur des dettes héréditaires dans la mesure ou celles-ci sont restées dans l'indivision.

Le seul droit ayant un caractère propre qui lui appartienne c'est celui d'obtenir de ses cohéritiers le partage de l'universalité et la détermination des droits et des biens lui revenant ainsi que des obligations lui incombant. Nous n'insisterons pas davantage sur cette question pour l'instant nous réservant d'y revenir ultérieurement et nous bornant actuellement à constater les difficultés qu'éprouve la Jurisprudence à admettre un gage ayant pour objet des droits soumis à l'indivision, bien que ceux-ci présentent incontestablement une valeur pécuniaire susceptible d'être utilisée comme moyen de crédit.

Section III.

Du nantissement des fonds de commerce

Le fonds de commerce est en droit français et sur la base de la réglementation organisée par la loi du 17 mars 1909 une universalité de fait, bien que cela soit contesté par quelques auteurs. De grandes discussions s'étaient élevées

avant les lois de 1898 et de 1909 pour savoir si le fonds de commerce pouvait être l'objet d'un droit de gage.

Si nous consacrons une section spéciale au nantissement du fond de commerce définitivement consacré et organisé par la loi de 1909 ce n'est pas seulement à raison de l'importance pratique de cette sûreté et des discussions auxquelles elle a donné lieu en doctrine et en jurisprudence; c'est aussi que telle qu'elle a été organisée par la loi précitée cette sûreté présente des caractères spéciaux tels que la dépossession du débiteur qui, ainsi que nous l'avons vu est une des caractéristiques du gage, semble en avoir à peu près totalement disparu, en sorte que certains auteurs considèrent qu'il y a là non un gage mais une hypothèque mobilière par dérogation à l'article 2119 du Code civil. Le nantissement des fonds de commerce c nstitue donc un des cas dits parfois de gage sans dépossession et à ce titre la présente section annonce en quelque sorte le chapitre suivant consacré aux sûretés de cette nature.

Nous n'avons pas l'intention ici d'analyser à fond l'institution du nantissement des fonds de commerce qui à lui seul mériterait une étude spéciale; notre examen sera forcément sommaire, et nous serons obligés de renvoyer pour plus de détails aux monographies et aux thèses de doctorat qui traitent spécialement la matière (Gombeaux, *Nature juridique des fonds de commerce*, Thèse, Caen, 1901; Fialon, *Du nantissement des fonds de commerce*, Thèse, Bordeaux 1909; De Cornulier-Lucinière, *Le nantissement des fonds de commerce*, Thèse, Nancy, 1910; Hanus, *Le fonds de commerce comme moyen de crédit*, Thèse, Nancy, 1920).

Cette section sera divisée en trois paragraphes; le premier traitera du développement historique du nantissement des fonds de commerce jusqu'à la loi de 1909; dans le second nous examinerons l'organisation donnée à cette sûreté par la dite loi; enfin dans un dernier paragraphe nous exposerons quelle est d'après la doctrine la nature juridique de la sûreté conférée par cette loi au créancier nanti.

§ 1. *Historique.* — On peut définir le fonds de commerce la réunion des éléments servant à l'exploitation d'un établissement commercial. Ces éléments sont de nature très diffé-

rente ; certains (clientèle, achalandage, nom commercial, droit au bail) sont de nature incorporelle; d'autres sont des meubles corporels (matériel, outillage, marchandises). La nature même du fonds de commerce avait fait l'objet avant 1909 de vives discussions. Quelques auteurs s'inspirant de théories d'origine principalement allemande voyaient dans le fonds de commerce, une universalité de droit et y faisaient rentrer les dettes et les créances commerciales; le fonds de commerce aurait ainsi compris un actif et un passif liés l'un à l'autre ce qui, ainsi que nous l'avons vu est la caractéristique de l'universalité de droit; parmi ces auteurs, certains allaient même jusqu'à faire du fonds une personne morale douée d'un patrimoine distinct du patrimoine particulier du commerçant (Valéry, *Maisons de commerce et fonds de commerce*, « Ann. de dr. comm. », 1902, p. 209 et 269; Catalan, *Condition juridique des fonds de commerce*, Thèse, Montpellier, 1899); d'autres sans aller jusqu'à cette personnification, voyaient dans le fonds un patrimoine d'affectation qui avait par rapport au patrimoine du commerçant et tout en ayant le même titulaire, une individualité propre caractérisée par l'existence d'un actif et d'un passif autonomes (Thiry, *Revue critique*, 1854, p. 412. et s.; Mongin, *Rev. critique*, 1890, p. 697; Planiol et Ripert, *Traité élémentaire*, I, nos 675 et s.; Saleilles, *Essai d'une théorie générale de l'obligation*, Paris, 1890, p. 148; Magnin, *Essai sur le nantissement des fonds de commerce*, « Ann. dr. comm. », 99, nº 10, 11, p. 469-470).

Cette théorie repoussée par la majorité de la doctrine française n'a pas été davantage accueillie par la Jurisprudence et a été définitivement, encore qu'implicitement, condamnée par la loi de 1909 qui ne fait pas rentrer les créances (en dehors du droit au bail) et les dettes dans les éléments du fonds de commerce (V. sur ce point Gary, Thèse citée, pp. 31 et s.).

A l'inverse certains auteurs et certaines décisions jurisprudentielles émanant principalement des Tribunaux de commerce dont nous reparlerons bientôt, déniaient tout caractère propre au fonds de commerce envisagé en lui-même et n'y voyaient qu'un assemblage plus ou moins provisoire d'éléments hétérogènes conservant chacun sa

nature propre et dont la réunion ne pouvait jamais être considérée comme un objet unique.

Entre ces conceptions diamétralement opposées s'en plaçait une troisième qui sous des formes diverses avait recueilli l'adhésion de la majorité de la doctrine et en jurisprudence de la Cour de cassation et de nombreuses Cours d'appel et qui semble avoir été consacrée par la loi de 1909; elle fait en définitive en dépit de l'ambiguïté des termes employés, du fonds une universalité de fait distincte des éléments qui le composent ayant une valeur propre et pouvant être considérée à certains points de vue comme un bien unique. L'unité du fonds est établie par la communauté d'affectation de ses éléments sans que cette identité de destination puisse empêcher ces éléments de pouvoir être considérés isolément et, de faire l'objet de contrats ou d'actes juridiques particuliers. Suivant les circonstances on pourra considérer l'ensemble des valeurs économiques composant le fonds comme formant un tout ou chacune de ces valeurs prise isolément; dans le premier cas l'union de ces valeurs en un tout établit entre elles un lien qui permet d'envisager de façon uniforme les effets des contrats ou des actes juridiques ayant leur ensemble pour objet.

Mais les auteurs qui se rattachent à cette conception n'employent pas toujours les mêmes expressions et à l'inverse il arrive que des expressions identiques désignent des conceptions différentes. C'est ainsi que l'expression « d'universalité juridique » très fréquemment employée est parfois synonyme d'universalité de droit mais traduit le plus souvent une conception de l'universalité de fait dans laquelle on insiste sur le caractère de valeur d'ensemble et sur l'unité substantielle du fonds; celui-ci aurait une vie propre, une nature et des caractères spéciaux distincts de ses éléments et pourrait être traité comme une chose unique. Parfois au contraire on considère le fonds comme une réunion de plusieurs objets ne constituant pas lui-même un objet distinct, de même qu'une bibliothèque ou un troupeau ne sont qu'une réunion de livres ou d'animaux. Enfin l'unité du fonds paraît totalement diluée et à peu près annihilée dans certaines théories dites de l'universalité de fait proprement dite d'après lesquelles le fonds de commerce ne serait

qu'un ensemble complexe, varié de biens multiples et divers conservant chacun leur nature, leur rapprochement n'étant qu'un « ensemble de fait », un « assemblage de valeurs » entre lesquelles la communauté de destination n'établit qu'un simple point de contact, une relation entre elles sans les fondre en un tout unique (V. sur ces diverses conceptions Gary, thèse citée, p. 53 à 56 et les auteurs cités).

Malgré des incertitudes, voire même des contradictions on peut dire que la tendance dominante en doctrine et en jurisprudence pendant tout le cours du XIXe siècle, fut de « voir dans le fonds de commerce un ensemble individualisé et compact, un tout susceptible d'avoir une condition juridique uniforme et d'être dans un contrat, considéré comme un objet unique, bien que les éléments le constituant fussent divers par leur nature juridique » (Gary, p. 60).

En même temps qu'elles tendaient à voir dans le fonds un bien unique, doctrine et jurisprudence s'efforcaient de déterminer le caractère de ce bien; considéré comme meuble à raison de la nature mobilière de ses éléments composants, le fonds de commerce fut en outre considéré comme un bien incorporel, les éléments incorporels et principalement la clientèle et l'achalandage étant regardés comme les éléments prédominants du fonds, ceux sans lesquels il ne pourrait exister, les autres éléments étant seulement l'accessoire de la clientèle et des valeurs économiques gravitant autour d'elle.

Un certain nombre de conséquences dérivant des caractères de meuble incorporel et d'universalité de fait attribués au fonds de commerce furent admises sans difficultés par la doctrine et la jurisprudence ; il n'en fut pas de même à propos de la mise en gage du fonds.

On comprend aisément qu'un commerçant veuille utiliser son établissement pour en obtenir du crédit. L'ensemble des biens affectés à l'exploitation du commerce représente en effet une valeur susceptible d'être prise en considération par son créancier comme garantie éventuelle du remboursement de sa créance. Etant donné le caractère mobilier reconnu au fonds, la seule sûreté pouvant affecter ce bien au paiement d'une créance, en l'absence de toutes dispositions légales, était le gage. Aussi vit-on souvent des détail-

lants donner leur fonds en gage à des créanciers, notamment à des fournisseurs, marchands en gros.

Une vive résistance se manifesta contre cette pratique en doctrine et en jurisprudence. Un certain nombre d'auteurs (Thaller, *Ann. dr. comm.*, 1889, p. 211; *Tr. él. de dr. comm.*, n° 72; Magnier et Pruvost, *Du nantissement constitué sur les fonds de commerce*, n^{os} 24 et s.; Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, Suppl. V° *Fonds de commerce*, n° 48; Wahl, note S, 1897, 2, 91) et la presque unanimité des tribunaux consulaires (Trib. Comm. Seine, 5 janv. 1892, *Gaz. Pal.*, 92, 1, 327 *Journal des Tr. de Comm.*, 93, n° 12, 492, p. 162; 24 août 1893, S, 97, 2, 90, *Gaz. Pal.*, 93, 2, 347; Trib. comm. St-Etienne, 10 janv. 1894, S, 97, 2, 93; *Gaz. Pal.*, 94, 1, 152; Trib. comm. Seine, 4 août 1894, S, 97, 2, 89; Trib. comm. Lyon, 10 mai 1898, *Gaz. Pal.*, 98, 2, 289, *Mon. judic.*, Lyon, 26 mai 1898 et 27 août 1898, *Ann. dr. comm.*, 98, p. 352) soutenaient que les éléments qui composent le fonds de commerce sont absolument distincts et indépendants les uns des autres et que le gage ne pouvait être constitué sur chacun d'eux que suivant les règles appropriées à sa nature; ainsi le gagiste devait être mis en possession du matériel et des marchandises et le gage constitué sur le fonds pris dans son ensemble devait être déclaré nul.

Au contraire la Cour de cassation et les Cours d'appel envisageaient le fonds de commerce comme un tout indivisible, une universalité unitaire susceptible d'être donnée en gage par un procédé unique (Cass., 13 mars 1888, D, 88, 1, 351; Paris, 21 juillet 1892, D, 92, 2, 108; Lyon, 14 mars 1895, S, 97, 2, 89; Trib. civ., Seine, 15 janv. 1895, S, 97, 2, 89; Paris, 24 déc. 1896, D, 98, 2, 23; Paris, 7 août 1897, D, 98, 2, 437; Riom, 30 mars 1892, D, 92, 2, 220). Certaines de ces décisions voyaient toujours dans le fonds de commerce un meuble incorporel et faisaient résolument prévaloir les éléments incorporels et notamment la clientèle et l'achalandage sur les autres éléments considérés comme l'accessoire des premiers; mais d'après la plupart des arrêts, il fallait distinguer dans chaque cas concret quel était l'élément prédominant du fonds pour déterminer la nature juridique de l'ensemble; le fonds de commerce n'avait la qualité de meuble incorporel que si l'achalandage et la clientèle ou

encore le droit au bail apparaissaient en fait comme les éléments principaux du fonds.

Quelles étaient d'après cette Jurisprudence les modalités de constitution de gage lorsque le fonds de commerce avait la qualité de meuble incorporel à raison de la prédominance dans ses éléments composants des éléments incorporels? Il ne pouvait être question d'exiger la dépossession effective du débiteur, cette condition ne s'appliquant qu'aux meubles corporels. La Cour de cassation et les Cours d'appel considéraient la possession du fonds en tant qu'universalité comme transmise au créancier par la remise à celui-ci de l'acte d'acquisition du fonds et du bail des locaux où s'exerçait le commerce, considérés comme les titres représentatifs du fonds, accompagnée de la signification adressée au bailleur de l'immeuble, de la constitution du gage.

Cette jurisprudence donnait lieu à de vives critiques; indépendamment des discussions théoriques sur la nature du fonds de commerce, on contestait que les procédés envisagés par elle pour la mise en gage du fonds en tant qu'universalité puissent assurer au gage une publicité efficace de nature à avertir les tiers; de plus ces procédés étaient inapplicables lorsque le fonds avait été créé par le commerçant lui-même ou qu'il n'y avait pas de droit au bail parce qu'il était propriétaire de l'immeuble où s'exploitait le commerce.

C'est en présence des incertitudes jurisprudentielles et doctrinales, et sous la pression des nécessités pratiques que fut votée à la suite d'une proposition formulée par M. Millerand en 1893, la loi du 1er mars 1898 qui consacrait législativement le nantissement des fonds de commerce. Cette loi, ajoutant un paragraphe nouveau à l'art. 2075, C. civ., exigeait, à peine de nullité du nantissement vis-à-vis des tiers, son inscription sur un registre tenu au greffe du Tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds était exploité.

Cette loi ne mit pas fin aux controverses et fut rapidement jugée insuffisante; elle ne déterminait pas les éléments dont la réunion formait le fonds de commerce et on se demandait si celui-ci englobait ou non les marchandises, elle ne disait point si l'inscription prévue par elle était la seule formalité

applicable au nantissement du fonds ou si on devait y joindre les modalités prévues par la Jurisprudence antérieure pour la mise en possession du créancier gagiste : enfin elle ne précisait point les formalités de l'inscription.

Aussi une loi nouvelle plus complète apparut vite comme nécessaire; la loi du 17 mars 1909, en organisant de façon définitive le nantissement des fonds de commerce vint mettre fin dans une large mesure aux incertitudes et aux discussions qui avaient persisté sous le régime de la loi de 1898; celle-ci fut abrogée ainsi que les dispositions qu'elle avait eu pour objet d'ajouter à l'article 2075 du Code civil.

Depuis 1909, le nantissement des fonds de commerce a vécu sous l'empire de cette loi et a pris dans la pratique une très grande extension; à diverses reprises il a été question de modifier ou de compléter la loi ou même de procéder à sa refonte générale; mais aucun de ces projets n'a abouti.

§ 2. *Organisation du nantissement par la loi de* 1909. — La loi du 17 mars 1909 traite, on le sait, à la fois du nantissement et de la vente des fonds de commerce; nous ne nous occuperons ici que des dispositions relatives au nantissement.

Nous examinerons successivement quels sont les éléments du fonds de commerce qui peuvent être compris dans le nantissement, les conditions d'existence et de validité à l'égard des tiers, du nantissement, enfin quels sont les droits du créancier nanti.

A. - *Eléments compris dans le nantissement.* — Aux termes de l'article 9, l'achalandage, l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail sont compris de plein droit dans le nantissement.

A l'inverse les marchandises n'y sont jamais comprises et ne peuvent faire l'objet que d'un gage ordinaire avec dépossession.

Les autres éléments du fonds, l'outillage, le matériel d'exploitation, les brevets, licences, marques, dessins etc... peuvent être compris dans le nantissement à la condition de faire l'objet d'une désignation expresse et précise dans l'acte de constitution.

D'après la Jurisprudence, le nantissement pour être valable doit porter sur un fonds de commerce actuellement en exploitation; il ne peut pas avoir pour objet un fonds dont la création est seulement en projet, car les choses futures ne peuvent d'après certaines décisions (V. plus haut, p. 115) faire l'objet d'un gage (V. pour les fonds de commerce, Bourges, 29 avril 1901, S, 02, 2, 273, note critique Wahl; Nîmes, 1er avril 1914, *Gaz. Tr.*, 9 septembre 1914; Trib. de comm. de Marseille, 25 avril 1913, *Gaz, Pal.*, 14, 1, 91).

Le nantissement constitué sur un fonds de commerce dont le débiteur n'est pas propriétaire est également nul et le créancier nanti ne peut pas invoquer à l'égard du véritable propriétaire l'article 2279 du Code civil, car celui-ci ne s'applique pas aux meubles incorporels (Trib. civ., Lille, 2 novembre 1899, Fr. jud., 99, 2, 519; Cass., 26 janv. 1914, D, 14, 1 112; Cf. par analogie Cass., 17 déc. 1873, S, 74, 1, 409 et Cass. Req., 4 nov. 1902, S, 03, 1, 173; D, 03,1,44).

Par contre on admet que lorsque certains éléments corporels entrant dans la composition du fonds, par exemple le matériel , ne sont pas la propriété du constituant, celui-ci peut invoquer l'article 2279 et s'opposer à la revendication du véritable propriétaire de ce matériel qui est censé être en la possession du créancier gagiste (Trib. comm., Aix, 12 déc. 1904, *Journal des faillites*, 1906, p. 44; Paris, 17 janv. 1911, *Gaz. Tr.*, 11, 1, 2, 290; *Journal des faillites*, 1911, p. 409; Trib. comm., Lyon, 29 juillet 1914, D, 20, 2, 71; Lyon, 8 octobre 1909, *Journal des faillites*, 1909, p. 437).

Le nantissement étant un droit mobilier ne peut porter sur l'immeuble où s'exploite le fonds. Cette possibilité avait été admise par la Cour de Pau (Pau, 6 novembre 1911, D, 12, 2, 375, S, 13, 2, 193), mais a été repoussée par la Cour de cassation (Cass. Req., 20 janv. 1913, *Gaz. Pal.*, 12 févr. 1913, G, P, 13, 1 212,).

Lorsque le commerçant qui donne son fonds en nantissement est lui-même propriétaire de l'immeuble où il exploite son commerce, il ne peut donc comprendre dans l'objet du nantissement, le droit à l'occupation des locaux commerciaux. Hanus (*Etude sur le fonds de commerce envisagé comme moyen de crédit*, Thèse, Nancy, 1920, p. 72 et s.) propose un procédé destiné à permettre au commerçant

propriétaire de l'immeuble où s'exploite le fonds d'utiliser les droits à l'occupation de cet immeuble comme moyen de crédit, parallèlement au nantissement consenti par lui sur les autres éléments du fonds : c'est de consentir au créancier nanti, au moment de la constitution du nantissement, un bail dont l'entrée en jouissance sera retardée jusqu'au jour de la cession du fonds et qui serait cessible au gré de son bénéficiaire qui pourrait faire adjuger le droit à ce bail en même temps que les autres éléments du fonds. A notre connaissance la validité d'une telle convention ne s'est jamais posée devant la jurisprudence; on pourrait facilement établir une analogie entre cette hypothèse et celle des obligations non encore souscrites faisant l'objet d'une mise en gage.

De ce que le nantissement ne peut avoir pour objet un immeuble, la Jurisprudence tire cette conséquence que le matériel et l'outillage lorsqu'ils sont immeubles par destination ne peuvent être compris dans le nantissement (Dijon, 30 mars 1908, D, 09, 2, 153, Note Percerou; Cas. Req., 20 janvier 1913, précité, Aix, 12 février 1912, S, 13, 2,281, note Wahl).

Cette jurisprudence est critiquée par différents auteurs et notamment par Hanus (thèse citée, p. 86); cet auteur soutient conformément à la nature qu'il attribue ainsi que nous le verrons plus loin au nantissement des fonds de commerce, que le nantissement a eu pour effet de transférer la possession du fonds y compris tous ses éléments au créancier gagiste et que ce transfert de possession a eu pour conséquence de rendre aux immeubles par destination leur nature mobilière.

Quoiqu'il en soit, en présence de la jurisprudence citée plus haut, le créancier gagiste n'aura d'autre ressource s'il veut étendre sa garantie aux immeubles par destination, que de se faire consentir parallèlement au nantissement une hypothèque sur l'immeuble qui englobera les immeubles par destination.

De ce que les brevets d'invention doivent faire l'objet d'une mention particulière dans l'acte de constitution, on tire cette conséquence que les brevets pris par le propriétaire du fonds postérieurement au nantissement échappent

à l'exercice du privilège du créancier gagiste. Hanus (thèse citée, p. 89) s'élève contre cette solution tout en la reconnaissant imposée par le texte même de la loi; il la critique comme contraire à la nature d'universalité du fonds qui imprime à tous ses éléments un caractère fongible.

En dehors de l'impossibilité de porter sur des immeubles par nature ou par destination, le nantissement peut porter sur des éléments très divers pourvu qu'ils aient un caractère mobilier et puissent être considérés comme des éléments du fonds; c'est ainsi que peut être compris dans le nantissement le droit à l'exploitation d'une concession de distribution électrique, considéré comme un droit mobilier susceptible d'appropriation privée, distinct des installations électriques incorporées au domaine public par lesquelles se traduit cette exploitation (Toulouse, 30 avril 1913, *Gaz. Pal.*, 1913, 2, 49).

Mais la loi de 1909 ne s'applique qu'au nantissement des fonds de commerce; c'est donc le fonds seul envisagé comme universalité qui peut en faire l'objet et non tel ou tel de ses éléments pris isolément; en conséquence, la Jurisprudence déclare nul le nantissement consenti sur un matériel d'exploitation, à l'exclusion des autres éléments du fonds et notamment des éléments incorporels (Cass., 17 juin 1918, *Journal des faillites*, 1918, p. 149).

B. — *Conditions d'existence et de validité du nantissement.*

L'article 10 de la loi exige un acte constitutif authentique ou sous seing privé enregistré et organise la publicité du nantissement sous la forme d'une inscription prise au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité.

Les articles 24 et suivants auxquels nous nous contenterons de renvoyer précisent les modalités de l'inscription et de la radiation; ces dispositions rappellent, sauf quelques différences de détail l'organisation de la publicité des hypothèques.

Des inscriptions distinctes doivent être prises aux greffes des tribunaux dont ressortissent les différentes succursales comprises dans le nantissement.

Lorsque le nantissement comprend des brevets d'invention, licences, marques, dessins ou modèles, une seconde inscription est nécessaire à l'Office national de la propriété industrielle, sans quoi le nantissement serait inopposable aux tiers en tant qu'il porte sur ces éléments (art. 24 § 8).

L'inscription au greffe doit, à peine de nullité du nantissement, être prise dans la quinzaine de l'acte constitutif.

Les articles 446, 447 et 448, § 1 du Code de commerce sont applicables au nantissement (art. 11, § 2); en conséquence l'inscription ne peut plus être prise après la déclaration de faillite ou de liquidation judiciaire du constituant. Les nantissements constitués pendant la période suspecte pour dettes antérieurement contractées sont nuls relativement à la masse; ceux constitués pendant cette période pour des dettes contractées en même temps que le nantissement, peuvent être annulés si le créancier nanti connaissait l'état de cessation de payements.

Les registres d'inscription des nantissements sont publics comme ceux de la conservation des hypothèques et toute personne peut se faire délivrer au greffe un état des inscriptions, radiations et subrogations ou un certificat de non inscription.

Il en est de même des inscriptions ou mentions effectuées à l'Office national de la Propriété industrielle (art. 32).

Tout le monde est d'accord pour reconnaître que depuis la loi de 1909, toute autre formalité de publicité en dehors de l'inscription (et notamment la remise des titres ou la signification au bailleur) est désormais inutile et que cette loi a mis fin aux incertitudes qui avaient subsisté sur ce point sous le régime de la loi du 1er mars 1898.

C. - *Droits du créancier nanti.* — Le créancier acquiert par le nantissement un droit de préférence et un droit de suite; il a en outre, en cas de déplacement du fonds ou de résiliation du bail de l'immeuble où s'exerce le fonds, certains droits lui permettant de sauvegarder son gage et qui peuvent sous certaines réserves être assimilés au droit de rétention sur les meubles corporels.

a) *Droit de préférence.* — Le créancier nanti, s'il n'est pas payé à l'échéance, ne peut pas se faire attribuer le fonds en

payement à concurrence de sa créance (art. 8, § 2); mais il peut faire ordonner la vente forcée du fonds huit jours après une sommation restée infructueuse (art. 16) pour se faire payer par préférence sur le prix provenant de cette vente. La vente est ordonnée par le Tribunal de commerce qui commet un officier public pour y procéder. Cet officier public sera généralement un notaire, ces officiers ministériels étant seuls qualifiés pour procéder à la vente publique de meubles incorporels; cependant un conflit s'est élevé à ce sujet entre les notaires et les commissaires priseurs chargés de la vente publique des meubles corporels, en sorte que ce conflit pose la question de la nature juridique du fonds de commerce (V. à ce sujet, Gary, Thèse citée, pp. 77 et 78). La Jurisprudence à ce sujet semble admettre comme elle l'avait fait auparavant à un autre point de vue (V. plus haut, p. 164) que le fonds de commerce ne constitue pas toujours et dans tous les cas un bien incorporel, mais qu'il faut dans chaque cas, rechercher quels sont les éléments prépondérants du fonds vendu : si ce sont les éléments incorporels, les notaires auront seuls qualité pour procéder à la vente; si ce sont les éléments corporels, la vente rentrera dans la compétence des commissaires priseurs (Alger, 7 mars 1906, D, 10, 5, 55; Limoges, 8 avril 1924, D, 28, 2, 119, note H. Lalou; Besançon, 1er février 1926, D, 26, 2, 113; note Crémieu). Cette solution a été critiquée : on a préconisé la compétence exclusive des notaires pour le cas de vente « en bloc » et la compétence simultanée des notaires pour les éléments incorporels et des commissaires priseurs pour les éléments corporels lorsque ces éléments sont vendus séparément (V. les notes Crémieu et Lalou, précitées; Gary, thèse citée, p. 78, n° 64).

Le poursuivant peut demander la mise en vente soit du fonds en bloc, soit seulement des éléments qui lui sont spécialement affectés mais en ce cas les autres créanciers inscrits à qui il doit notifier les poursuites ont le droit, que leur créance soit échue ou non, de demander dans les 10 jours la vente du fonds en bloc (art. 20) qui peut également être ordonnée soit à la demande d'un créancier nanti ou chirographaire en cas de saisie d'un élément isolé du fonds par un créancier quelconque soit d'office par le Tribunal dans le

jugement qui condamne un commerçant au paiement d'une dette commerciale (art. 15 et 18).

En pareil cas, il y a des mises à prix distinctes pour les éléments incorporels, le matériel et les marchandises; enfin il peut y avoir lieu à ventilation du prix si certains éléments ne sont pas grevés par le nantissement (art. 20 § 2 et 3).

Sur le prix d'adjudication ou sur la portion du prix qui leur est affectée, les créanciers inscrits sont payés dans l'ordre de leurs inscriptions (art.12). Ils sont primés par le vendeur du fonds de commerce qui, s'il a fait inscrire son privilège dans la quinzaine de l'acte de vente est préféré à tout créancier dont l'inscription a été prise pendant ce délai du chef de l'acquéreur (art. 2, § 1).

Le créancier nanti peut se trouver en conflit avec les créanciers du constituant muni d'un des privilèges généraux prévus par l'article 2101 du Code civil. Hanus (Thèse citée, p. 159) admet par analogie avec les dispositions de l'article 2105 du Code civil, et à raison de la modicité des créances de l'articles 2101 et de l'intérêt d'ordre public de leur privilège que les privilèges généraux primeront le privilège spécial du créancier nanti. La Jurisprudence est divisée sur ce point. En général elle n'accorde cette priorité qu'au privilège des frais de justice, ceux-ci ayant contribué à conserver le gage du créancier, à l'exclusion des autres privilèges de l'article 2101 (Orléans, 9 juin 1905, *Journal Faillites*, 06, p. 165; Cass. civ., 17 décembre 1918, *Journal Faillites*, 19, p. 149; Trib. comm., Marseille, 12 juillet 1923, *Journal* Marseille, 1925, 1, 161). Mais une décision a refusé de faire bénéficier le créancier nanti du privilège accordé au créancier gagiste par l'article 2102, 2°, motif pris de ce que le nantissement des fonds de commerce, à l'encontre du gage ordinaire, ne supposait pas le dessaisissement du débiteur; la loi de 1909 n'accordant pas de privilège au créancier nanti, cette décision en conclut qu'on se trouve en présence d'un droit réel non privilégié et que dans le silence de la loi, il y a lieu d'appliquer par analogie l'article 2105 et de faire prévaloir les privilèges généraux sur le droit résultant du nantissement (Trib. civ., Rambouillet, (jugeant commercialement), 13 juillet 1932, *Gaz, Pal.*, 32, 2, 712).

Le privilège du conservateur primera le droit du créancier nanti lorsque sa créance sera postérieure au nantissement, les frais de conservation ayant alors contribué à sauvegarder la valeur du gage (Cass., 31 juillet 1913, S, 20, 1, 154; 14 février 1900, S, 00, 1, 176; Cass., 10 décembre 1887, S, 87, 1, 200).

Les privilèges de l'article 2103 étant des privilèges immobiliers ne s'appliquent pas au fonds de commerce, bien mobilier (Trib. civ., Seine, 6 avril 1914, ; *Journal Faillites*, 14, p. 258).

Le créancier nanti peut également se trouver en conflit avec des créanciers ayant un privilège ou un droit réel sur certains éléments du fonds.

Il peut y avoir d'abord conflit entre le créancier nanti et le créancier ayant acquis un droit de gage sur certains éléments isolés du fonds. Au cas où le droit au bail a été donné en gage, le créancier gagiste sera préféré au créancier nanti lorsqu'il aura fait la signification de l'article 2075 du Code civil au bailleur et aura été mis en possession du bail, antérieurement à l'inscription du nantissement.

S'il s'agit de la mise en gage des brevets d'invention ou des marques de fabrique, l'ordre de préférence se réglera depuis la loi du 16 juin 1920 par l'ordre des inscriptions à l'Office national de la propriété industrielle.

Cette loi ne s'appliquant pas aux dessins et modèles, le créancier gagiste qui aura été mis en possession avant l'inscription du nantissement primera le créancier nanti.

Lorsque les éléments corporels du fonds par exemple le matériel auront fait l'objet d'un gage ordinaire avec dessaisissement du débiteur, le créancier gagiste qui a reçu la possession de ce matériel à titre de gage sera en principe préféré au créancier nanti soit à raison de l'antériorité de son droit, s'il a pris possession avant l'inscription du nantissement, soit en vertu de l'article 2279, lorsqu'il aura pris possession du matériel, de bonne foi et sans connaître les droits du créancier nanti, postérieurement à cette inscription.

Nous examinerons à propos des warrants hôteliers la solution à donner du conflit pouvant s'élever entre le créancier porteur du warrant et le créancier ayant reçu le fonds en nantissement.

Lorsque le créancier nanti est en conflit sur le prix du matériel avec le bailleur de l'immeuble qui invoque son privilège fondé sur le gage tacite, on admet que le bailleur sera préféré si le bail a date certaine antérieure à l'inscription du nantissement (Trib. civ., Marseille, 12 juillet 1923 précité; St-Etienne, 5 octobre 1932, *Gaz. Pal.*, 32, 2, 924); dans le cas contraire le créancier nanti sera préféré et le bailleur ne pourra pas lui opposer l'article 2279 ni invoquer le privilège du conservateur (Montpellier, 22 juillet 1912, S, 12, 2, p. 3, Note Wahl).

En cas de conflit entre le privilège du créancier nanti et celui du voiturier, la solution sera la même qu'en cas de gage ordinaire. En cas de transport maritime, le capitaine de navire conserve, on le sait, son privilège pendant les quinze jours qui suivent la délivrance des marchandises, en vertu de l'article 307 du Code de commerce; il pourra opposer ce privilège au créancier nanti si le nantissement est antérieur à cette délivrance; mais si le nantissement a été inscrit pendant la quinzaine qui suit la délivrance, on doit si on considère l'inscription comme réalisant la mise en possession du créancier nanti, permettre à celui-ci d'opposer au capitaine tant l'article 2279 que les dispositions de l'article 307 qui prévoit expressément que le privilège disparaît si les marchandises sont « passées en mains tierces »pendant le délai sus-indiqué.

En ce qui concerne le privilège du vendeur d'effets mobiliers, par exemple du matériel, celui-ci étant subordonné (art. 2102, 4°) au maintien de la possession des objets vendus entre les mains du débiteur, on doit en conclure que le vendeur ne pourra jamais opposer son privilège au créancier nanti, celui-ci ayant à raison de l'inscription de son nantissement la possession du fonds et de ses éléments (V. Hanus, thèse citée, p. 181).

Si l'on admet, contrairement à la jurisprudence que les immeubles par destination peuvent être compris dans le nantissement, la question peut se poser d'un conflit possible entre le créancier nanti et un créancier ayant une hypothèque sur l'immeuble. Si l'on admet avec Hanus (thèse citée, p. 184) que le nantissement constitue un véritable gage et que le créancier nanti a la possession du fonds, on se trouve amené

à dire que les conditions de l'immobilisation des immeubles par destination ont disparu avec le transfert de la possession au créancier nanti et que l'hypothèque n'a pu naître sur ces objets ou a disparu *ipso facto* du fait du nantissement.

Si au contraire, on admet que le nantissement constitue une hypothèque mobilière, on se trouve amené à régler le conflit d'après la priorité des inscriptions prises soit à la conservation des hypothèques soit au greffe du tribunal de commerce (V. sur cette solution la note de M. Wahl; sous Aix, 12 févr. 1912, S, 13, 2, 281).

Au contraire la Jurisprudence se trouve amenée à donner dans tous les cas la préférence au créancier hypothécaire, le nantissement étant nul, dans son système en tant qu'il porte sur des immeubles par destination.

b) *Droit de suite.* — Le privilège du créancier nanti (comme d'ailleurs celui du vendeur du fonds) suit le fonds en quelques mains qu'il passe (art. 22).

En cas d'aliénation du fonds, il a donc un droit de suite contre l'acquéreur; il peut, à défaut de payement à l'échéance, lui faire sommation de payer ou de délaisser et à défaut de paiement poursuivre la vente du fonds. L'acquéreur de son côté peut avant les poursuites ou dans les quinze jours de la sommation, faire offre de son prix aux fins de purge dans les formes prévues par l'article 22. Le créancier peut dans la quinzaine de ces offres s'il estime que le prix est inférieur à la valeur réelle du fonds, faire surenchère d'un dixième du prix du fonds, non compris le matériel et les marchandises en donnant caution.

Le fonds est alors revendu aux enchères publiques; l'adjudicataire est tenu de reprendre le matériel et les marchandises, aux prix fixés par une expertise amiable, ou judiciaire, contradictoire entre lui, le vendeur et l'acquéreur surenchéri (art. 23).

Ce droit de suite ne s'exerce que sur le fonds; il ne peut y avoir de droit de suite pour les éléments isolés du fonds, par exemple le matériel, qui seraient aliénés par le propriétaire du fonds (Cass. Req., 22 avril 1913, D, 13, 1, 225).

Lorsqu'il s'agit d'éléments corporels, le créancier nanti peut se voir opposer l'article 2279 par l'acquéreur de bonne foi. Par contre le débiteur commet, lorsque cette aliénation

n'est pas justifiée par la bonne administration du fonds, un détournement de gage, puni par l'article 400 du Code pénal (Paris, 10 avril 1907, S, 07, 2, 144; Cass., 13 mars 1909, S, 12, 1, 236; D, 11, 1, 159; Cass. cr., 25 juillet 1912, D, 13, 1, 123).

En ce qui concerne les éléments incorporels, Hanus (thèse citée, p. 105 et s.) estime que le créancier nanti à un droit de suite, lorsque l'aliénation n'est pas un acte de gestion mais un acte de disposition, car l'article 2279 est inapplicable en l'espèce et le propriétaire du fonds n'en a, après la constitution de nantissement, que l'administration et la jouissance. En ce qui concerne particulièrement les brevets d'invention, marques etc.., le droit de suite doit s'exercer car « le créancier gagiste possède sur ces différents éléments un droit de gage spécial qui ne se reporte nullement sur les nouveaux brevets, marques, modèles etc... et qui par conséquent doit suivre ceux qui se trouvaient attachés au fonds lors de la constitution du gage, en quelques mains qu'ils se trouvent ».

Le créancier nanti n'a le droit de suite sur le fonds lui-même que si son droit est opposable à l'acquéreur, c'est-à-dire si l'inscription du nantissement est antérieure à l'acte d'acquisition; dans le cas contraire, le nantissement ne sera pas opposable à l'acquéreur si du moins l'acte de vente a date certaine à l'égard des tiers c'est à dire pratiquement s'il est enregistré, ce qui sera le cas le plus fréquent.

c) *Droits du créancier nanti en cas de déplacement du fonds ou de résiliation du bail.* — Lorsque le commerçant qui a donné son fonds en nantissement veut le déplacer, il doit notifier son intention aux créanciers inscrits ainsi que le nouveau siège qu'il entend donner au fonds. Dans la quinzaine de cette signification, les créanciers feront mentionner en marge de leur inscription, le nouveau siège du fonds et si ce nouveau siège est en dehors du ressort du Tribunal de commerce au greffe duquel l'inscription a été prise, ils feront inscrire leur nantissement au greffe du tribunal dans le ressort duquel se trouve le nouveau siège, avec indication de la date de l'inscription primitive. Ils peuvent en outre s'opposer au déplacement en alléguant la dépréciation qui en résulterait.

Si le déplacement est opéré à l'insu du créancier nanti, ou malgré son opposition, sa créance deviendra de plein droit exigible, sans préjudice de son droit, au cas où aucune notification ne lui a été faite, de faire régulièrement reporter son inscription au greffe dans la quinzaine du jour où il a eu connaissance de ce déplacement (art. 13).

De même le droit du créancier nanti suit le matériel lorsqu'il fait l'objet d'un déplacement habituel en vue de l'exploitation du fonds (location de machines agricoles, de pianos, etc...).

Mais pour que les dispositions de l'article 13 s'appliquent, il faut qu'il s'agisse réellement d'un déplacement du fonds et non pas de la fermeture d'un fonds suivie de l'acquisition d'un autre (Trib. comm. de la Seine, 14 févr. 1912, *Rec. nat. des fonds de comm.*, 1912, p. 269; Poitiers, 10 déc. 1908, *Rec. nat.*, 09, p. 841).

Si le bailleur des locaux affectés au commerce veut résilier le bail, il doit notifier sa demande aux créanciers inscrits. La résiliation amiable ou judiciaire ne peut intervenir qu'un mois après cette notification .

Pendant ce délai, les créanciers pourront tenter des démarches auprès du bailleur pour l'amener à maintenir la location ou intervenir dans l'instance en résiliation pour sauvegarder leurs droits (art. 14).

Ces dispositions permettent ainsi au créancier d'exercer un certain contrôle sur l'individualité du fonds et d'intervenir pour empêcher la dépréciation de sa valeur résultant de son déplacement.

§ 3. *Nature juridique du nantissement des fonds de commerce.* — I.- L'absence de dépossession ou tout au moins de dessaisissement du débiteur qui reste à la tête de son exploitation commerciale a fait se demander aux auteurs si la loi de 1909 n'avait pas introduit dans notre droit une hypothèque mobilière et dérogé aux dispositions de l'article 2119 du Code civil. La question s'était déjà posée sous l'empire de la loi de 1898 bien que celle-ci en procédant par voie d'addition à l'article 2075 du Code civil ait marqué très nettement son intention de faire entrer la nouvelle insti-

tution dans le cadre du gage et non dans celui de l'hypothèque.

Depuis le vote de la loi de 1909, l'opinion qui voit dans le nantissement des fonds de commerce, non un gage mais une hypothèque mobilière s'est accréditée et a acquis l'adhésion de nombreux auteurs probablement sous l'influence de l'organisation donnée à la publicité du nantissement et qui rappelle celle de la publicité hypothécaire. (V. en ce sens, Planiol, *Traité élémentaire*, II, n° 2405 et 2709; Baudry-et De Loynes, I, n° 11.; Percerou, note D, 1911, 2, 313,; Saleilles, *Bulletin d'études législatives*, 1903, p. 383; Lyon-Caen, *Traité de dr. comm.*, p. 360, § 440; Lacour et Bouteron, I, n° 879; Josserand, *Cours de dr. civil positif français*, II, n° 1662 et s.; Bouvier-Banguillon, *De la vente et du nantissement des fonds de commerce*, 1909, n° 24; Chéron, *Eléments de dr. commercial*, p. 59).

M. Planiol particulièrement critique de façon incisive les termes de gage et de nantissement employés par le législateur; parlant d'une façon générale des « prétendus gages établis sans dépossession », et notamment du nantissement des fonds de commerce et des warrants agricoles il déclare nettement : « Ce ne sont point là des gages; ce sont des *hypothèques mobilières* ne conférant que le droit de préférence. Il appartient au législateur de changer les conditions de validité d'un acte; il ne lui appartient pas de méconnaître les définitions scientifiques qui dépendent du seul raisonnement » (n° 405). Parlant plus particulièrement du nantissement des fonds de commerce, il écrit « Une loi du 1er mars 1898 a permis d'hypothéquer les fonds de commerce; seulement elle a par une erreur certaine appelé cette hypothèque un « nantissement ». En effet ce qui distingue le gage de l'hypothèque, c'est le *dessaisissement du débiteur* qui perd la possession de l'objet donné en gage dont le créancier est désormais *nanti*. Or le prétendu nantissement des fonds de commerce, se fait *sans dessaisissement* et la loi a organisé pour lui au moyen de registres spéciaux tenus au greffe du tribunal de commerce, un système de publicité tout à fait comparable à celui des hypothèques. Il est assez étrange de voir le législateur créer une hypothèque nouvelle sous un faux nom et ne pas s'en apercevoir. Néanmoins la loi du 17 mars

1909, qui a modifié la précédente, emploie toujours le même langage » (n° 2709; V. aussi Planiol et Becqué, *Sûretés réelles*, p. 250).

Cette opinion peut en partie se prévaloir des travaux préparatoires de la loi de1909; c'est ainsi que le rapport de M. Cordelet au Sénat emploie très fréquemment le terme d'hypothèque mobilière (V. *J. O.*, Doc., Parl., Sénat, 1905, annexe 73, p. 151); cependant il ne semble pas que la loi de 1909 bien qu 'elle ne s'insère pas comme la loi du 1er mars 1898 dans les dispositions du Code civil qui traitent du gage, ait entendu modifier la forme technique adoptée par le législateur de 1898 et qui était incontestablement celle du gage sans dessaisissement; non seulement le nom de la sûreté est demeuré le même mais encore l'article 8 de la loi qualifie expressément le créancier nanti de « gagiste ».

II.- L'opinion qui voit dans le nantissement des fonds de commerce une hypothèque mobilière a d'ailleurs été contestée par différents auteurs. D'après Wahl (*Traité de dr. com.*, p. 120, n° 382) l'inscription équivaut à la mise en possession et le créancier nanti doit être considéré soit dans ses rapports avec le débiteur soit dans ses rapports avec les tiers et notamment avec les autres créanciers, comme un créancier gagiste.

M. Hanus dans la thèse que nous avons déjà citée à différentes reprises (*Du fonds de commerce envisagé comme moyen de crédit*, thèse Nancy, 1920, p. 48 et 51) s'élève avec vigueur contre la conception qui fait du nantissement des fonds de commerce une hypothèque mobilière.

Pour lui ce nantissement est une « forme technique particulière » qu'il appelle « gage sans dessaisissement ou gage sans détention » et qui « rationnellement constitue une forme technique distincte de l'hypothèque ».

D'après cet auteur « Le contrat de gage sur fonds de commerce établi par les législateurs de 1898 et de 1909 est un contrat par lequel le débiteur lui-même ou un tiers remet à son créancier comme sûreté de sa créance, la *possession* d'un fonds de commerce dont il garde par devers lui la *détention de fait*... La publication joue un rôle analogue, au dessaisissement dans le gage, elle confère au créancier gagiste vis-à-vis des tiers la possession du fonds.

A la suite du contrat de nantissement, un changement s'est opéré dans l'« *animus* » du commerçant emprunteur détenteur du fonds. Ce n'est pas pour son compte qu'il détient désormais celui-ci; c'est pour le compte du *prêteur qui a personnellement la possession* de Droit et peut en opposer le bénéfice aux tiers. » (Thèse citée, p. 51).

Plus loin, l'auteur précise sa conception, à propos de la question des immeubles par destination « Le propriétaire du fonds cède tout d'abord au créancier gagiste, la *possession* et la *détention* des objets compris dans le fonds... puis le créancier gagiste retransfère à son emprunteur la *détention* du gage; l'emprunteur ne possède plus alors *en son nom* mais au nom du créancier gagiste qui conserve la possession de Droit avec tous ses avantages » (Thèse citée, p. 86).

L'auteur oppose en ces termes l'hypothèque au gage sans détention : « Le bénéficiaire d'un gage sans dessaisissement a la possession de la chose, sinon la détention; le créancier hypothécaire au contraire, n'a ni la possession ni la détention de la chose; il ne possède qu'un *droit éventuel à cette possession* pour le cas où à l'échéance de la dette, celle-ci ne se trouve pas acquittée. Ainsi le créancier gagiste sans dessaisissement peut seul invoquer le bénéfice de l'article 2279,; le créancier hypothécaire , en admettant que l'hypothèque fut applicable aux meubles, ne pourrait nullement en bénéficier ». En définitive « si l'hypothèque est un transfert *différé* de la possession — détention d'un bien, le gage sans dessaisissement est un transfert *immédiat* de la *possession* sans transfert de la détention, ce qui en fait une forme intermédiaire entre le gage et l'hypothèque permettant au titulaire du privilège de bénéficier des avantages d'une possession de bonne foi ».

Cette conception aboutit en définitive à permettre au créancier gagiste de laisser l'usage et la jouissance de la chose donnée en gage au débiteur à titre précaire; cette possibilité qui était connue du droit romain (V. Girard, *Manuel de droit romain*, p. 760) n'est pas admis par notre droit parce que celui-ci se préoccupe de l'intérêt des tiers et que ceux-ci n'auraient en général aucun moyen de connaître le caractère exact de la possession ou de la détention du débiteur; cet inconvénient n'existe pas lorsque les tiers sont avertis par une publicité organisée comme c'est le cas pour le

nantissement des fonds de commerce, et d'une façon générale pour tous les gages dits sans dépossession.

III.- Nous reviendrons ultérieurement dans notre seconde partie sur la détermination du droit du créancier nanti et sur la nature juridique du nantissement des fonds de commerce, après nous être efforcés de préciser les caractéristiques du gage en général.

Constatons seulement que la Jurisprudence semble avoir une tendance à appliquer au nantissement des fonds de commerce les règles du gage dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions de la loi de 1909; c'est ainsi qu'elle permet comme nous l'avons vu au créancier nanti d'invoquer l'article 2279 contre le propriétaire des éléments corporels faisant partie du fonds et qu'elle lui reconnaît une quasi-possession analogue à celle du bailleur d'immeubles sur les meubles de son locataire (V. jugement Remington, Trib. comm., Aix, 12 déc. 1904; *Journal Faillites*, 1906, p. 44, cité plus haut); c'est ainsi encore qu'elle applique au débiteur qui a aliéné des éléments du fonds au détriment des droits du créancier nanti les peines applicables au délit de détournement de gage (V. plus haut, p. 176).

Ces solutions difficilement conciliables avec la notion d'hypothèque mobilière permettent de dire que si cette notion a été accueillie par la majorité de la Doctrine, elle n'a point été admise par la Jurisprudence qui persiste à voir dans la sûreté conférée au créancier nanti, un nantissement mobilier, c'est-à-dire un gage; c'est ainsi que le Tribunal de commerce de Marseille dans une décision déjà citée (12 juiller 1923, J[al] Marseille, 1925, 1, 161) déclare que « le privilège du créancier nanti et celui du bailleur sont de même ordre », comme dérivant « l'un d'un *gage exprès*, l'autre d'un gage tacite ». Par contre il est certain que le jugement également précité du Tribunal de Rambouillet (12 juillet 1932, *Gaz. Pal.*, 32, 2, 712) prend le contre pied de cette assimilation en déniant au droit du créancier nanti le caractère de privilège et en constatant que « l'article 2102, 2° qui prescrit le privilège du créancier gagiste saisi de la chose est absolument muet sur les droits du créancier nanti, malgré les additions relativement récentes apportées au texte primitif » et qu'il semble se rapprocher de la thèse qui voit

dans le droit du créancier nanti une hypothèque mobilière puisqu'il lui applique en cas de conflit avec les privilèges généraux, l'article 2105 du Code civil qui règle le conflit de ces privilèges avec les privilèges immobiliers spéciaux qui ne sont autre chose que des hypothèques privilégiées.

Le moins que l'on puisse dire est qu'à l'heure actuelle, la Jurisprudence n'apparaît pas comme nettement fixée sur la nature juridique du nantissement du fonds de commerce.

CHAPITRE IV.

Des gages dits « sans dépossession »

Le nantissement des fonds de commerce n'est pas dans notre Droit le seul exemple de gage réalisé sans dessaisissement du débiteur; dans un certain nombre de cas, des lois récentes ont permis à un débiteur d'affecter en garantie du paiement d'une créance des biens mobiliers sans remettre au créancier la détention matérielle de ces biens.

Ainsi que nous l'avons vu à propos du nantissement de fonds de commerce et que nous le verrons plus loin à propos de chacune des institutions particulières dont traite le présent chapitre, une partie importante de la doctrine voit dans ces gages parfois appelés gages sans dépossession des hypothèques mobilières; mais cette opinion n'est pas unanimement admise et il semble bien que le législateur ait entendu faire rentrer ces institutions dans le cadre du gage, bien qu'elles en modifient quelque peu la physionomie traditionnelle.

Les institutions que nous allons examiner maintenant diffèrent du nantissement de fonds de commerce en ce qu'elles affectent en général des meubles corporels, alors que sous réserve des cas d'espèce, le fonds de commerce est considéré comme un bien incorporel. En outre nous trouvons dans toutes ces institutions un élément qui ne se rencontre pas dans le nantissement des fonds de commerce; tout au moins depuis 1909; la chose donnée en gage y est représentée par un titre, généralement appelé warrant, qui est remis au créancier et dont la détention équivaut aux yeux de la loi à la possession de la chose; par là ces institutions s'apparentent au gage des marchandises déposées

dans un magasin général et représentées par des warrants commerciaux ou au gage de marchandises au cours de transport représentées par la lettre de voiture ou le connaissement; mais alors que dans ces cas étudiés précédemment, la détention matérielle de la chose appartenait à un tiers (magasin général, voiturier, capitaine de navire) qui pouvait être considéré comme le tiers convenu prévu par l'article 2076 du Code civil, *in fine*, dans les cas de gage sans dessaisissement, cette détention est laissée au débiteur lui-même.

C'est ainsi que les lois du 18 juillet 1898 et du 30 avril 1906 ont organisé les warrants agricoles qui permettent aux agriculteurs d'utiliser comme moyen de crédit, les produits de leur exploitation, tout en en conservant la détention.

Ce procédé a été étendu aux exploitations hôtelières par la loi du 8 août 1913 qui a créé le warrant hôtelier et au détenteur de stocks de pétrole brut ou de ses dérivés par la loi du 11 avril 1932 qui a créé le warrant pétrolier.

Enfin la loi du 12 décembre 1934 a créé un nouveau cas de gage sans dessaisissement au profit du vendeur à crédit d'une voiture automobile; dans ce cas, ainsi que nous le verrons, le titre qui représente la voiture donnée en gage et qui n'a pas reçu le nom de warrant, contrairement aux cas précédents est un récépissé d'une déclaration faite à la Préfecture.

Chacune de ces institutions fera l'objet d'une section du présent chapitre; nous les étudierons dans l'ordre chronologique de leur consécration par le législateur.

Section première

Des Warrants agricoles

Les lois de 1898 et de 1906 qui ont créé le warrant agricole ne sont que l'aboutissement d'efforts qui se sont poursuivis pendant près d'un demi-siècle avant de se traduire en textes législatifs et qui avaient pour but de permettre à l'agriculteur de trouver les fonds qui lui étaient indispensables

pour lui permettre de faire face aux frais de main-d'œuvre, achats de semence, d'engrais etc... nécessités par son exploitation en donnant en garantie à ses créanciers les produits de cette exploitation.

L'emploi du gage ordinaire avec dessaisissement présentant de graves inconvénients, l'idée d'un gage sans déplacement portant sur les récoltes et les ustensiles encombrants dont la garde serait laissée à l'agriculteur sous sa responsabilité fut émise dès 1856 par MM. d'Esternon et de Beaumont dans une proposition transmise à la commission chargée d'élaborer un projet d'organisation du crédit mobilier agricole. Depuis cette date, les projets se succédèrent jusqu'au vote de la loi du 18 juillet 1898 (V. leur énumération, Simon, *Du dessaisissement dans le contrat de gage*, Thèse, Bordeaux, 1902, p. 137 à 143); cette loi jugée insuffisante sur certains points et qui imposait à l'emprunteur des formalités jugées trop compliquées fut remplacée par la loi du 1er avril 1906 . Celle-ci a été à son tour remaniée récemment par le décret-loi du 28 septembre 1935.

Nous examinerons successivement les principes généraux d'organisation de la loi, son domaine d'application, les conditions de fond et de forme d'existence et de validité du warrant tant entre parties qu'à l'égard des tiers, les droits et obligations du débiteur et les droits et obligations du porteur du warrant. Enfin nous terminerons comme nous l'avons fait pour le nantissement des fonds de commerce par l'exposé des opinions doctrinales sur la nature juridique de la sûreté ainsi créée.

§ 1. *Principes généraux.* — Les lois de 1898 et de1906 ont permis aux cultivateurs qu'ils soient ou non propriétaires ou usufruitiers de leur exploitation, d'emprunter en affectant à la garantie de leur prêteur les produits de l'exploitation agricole tout en ayant la faculté de conserver la possession ou tout au moins la détention de ses produits dans les bâtiments ou sur les terres de l'exploitation. Cependant ainsi que nous le verrons, l'emploi de cette faculté n'est pas obligatoire pour les parties (V. plus loin, p. 190).

Le transfert de possession de l'objet du gage est ici remplacé par la remise aux mains du créancier d'un titre qui

tout en constatant l'emprunt et la sûreté conférée au créancier, représente les biens donnés en gage ou plus exactement leur valeur pécuniaire. Ce titre dénommé warrant agricole, à l'imitation du warrant commercial, représentant les marchandises déposées dans les magasins généraux, est transmissible par endossement et les établissements publics sont autorisées à les escompter avec dispense d'une des signatures exigées par leurs statuts pour l'escompte des effets ordinaires (art. 6).

Le porteur du warrant acquiert sur les objets warrantés un privilège dont nous verrons plus loin les effets, et la pensée du législateur semble bien avoir été de lui conférer tous les droits d'un créancier gagiste, bien que l'objet du gage ne se trouve pas matériellement entre ses mains.

L'emprunteur conserve la garde des produits warrantés qui restent confiés à ses soins et dont il est responsable envers le porteur du warrant. Il en conserve également, comme nous le verrons la propriété avec le droit de les aliéner mais sous réserve de respecter les droits du porteur de warrant et la garantie qu'il lui a conférée.

Pour sauvegarder les intérêts de tiers, qui ne seront plus avertis par la dépossession matérielle du débiteur, la loi leur permet sous certaines conditions de connaître l'existence du warrant.

On emploie couramment le terme de warrant pour désigner à la fois le titre qui représente les produits donnés en gage et le contrat qui affecte ces produits à la garantie de créancier. Ce terme désigne parfois également la sûreté elle-même qui résulte de ce contrat, le droit du créancier sur les produits affectés à la garantie de sa créance.

§ 2. *Domaine d'application.* — L'article premier de la loi du 30 avril 1906 permet à « tout agriculteur » d'emprunter sur les produits agricoles ou industriels de son exploitation qui ne sont pas immeubles par destination y compris le sel marin et les animaux lui appartenant.

Le domaine de l'institution est donc nettement délimité tant quant aux personnes qui peuvent y recourir qu'aux biens qui peuvent faire l'objet d'une affectation.

Le bénéfice de la loi est réservé aux agriculteurs et aux coopératives agricoles; l'article 18 l'a toutefois étendu aux ostréiculteurs; un commerçant ou un industriel qui ont d'ailleurs à leur disposition d'autres moyens de crédit ne peuvent donc constituer des warrants agricoles pour les besoins de leur industrie ou de leur commerce même si celui-ci comporte accessoirement l'adjonction d'une exploitation pouvant être qualifiée d'agricole. La loi a donc en quelque sorte une base professionnelle; c'est en effet une des tendances du droit du crédit moderne d'adopter les institutions de crédit aux nécessités et aux besoins de chaque profession.

Mais peu importe que l'agriculteur soit propriétaire ou non de l'immeuble sur lequel se situe l'exploitation agricole; le locataire, le fermier ou le métayer peuvent sous certaines conditions, destinées à protéger le privilège du bailleur et que nous verrons plus loin, bénéficier de la loi au même titre que le propriétaire ou l'usufruitier.

Le gage qui dérive du warrant ne pouvait avant 1935 porter que sur les produits de l'exploitation, à l'exclusion du matériel servant à l'exploitation ou du mobilier garnissant le fonds; il ne pouvait en aucun cas porter sur des immeubles par nature ou par destination.

Depuis 1906, les animaux pouvaient être warrantés mais seulement lorsqu'ils n'étaient pas immeubles par destination.

De même on admettait que les récoltes pendantes par fruit ou par racines ne pouvaient faire l'objet d'un warrant.

Le décret du 28 septembre 1935 en modifiant l'article premier de la loi de 1906 a étendu considérablement le domaine d'application du warrant agricole.

Aux termes du nouvel article premier, « tout agriculteur peut emprunter sur les objets ci-après dont il est propriétaire :

1° Les produits de son exploitation, y compris les animaux et le sel marin;

2° le matériel de toute nature servant à contenir les produits warrantés;

3° d'une façon générale et sans distinction, sur toutes choses composant le matériel affecté à l'exploitation agricole;

4° sur les récoltes pendantes par les racines et les fruits non encore recueillis.

L'emprunt peut porter sur des objets ayant en vertu des articles 520 et 524 du Code civil le caractère d'immeubles par nature ou par destination à l'exception de ceux scellés au mur. ».

Ainsi le décret supprime la limitation qui résultait de l'exclusion des immeubles par destination; il permet en outre de warranter désormais d'autres biens que des produits et notamment le matériel d'exploitation; enfin il permet au cultivateur l'emprunt sur récoltes pendantes qui était déjà pratiqué dans certaines de nos colonies, sur la base des lois du 11 juin 1851 et 24 juin 1874 sur les banques coloniales complétées par des lois ou décrets postérieurs.

Le décret prévoit qu'au cas où des animaux sont warrantés, les parties peuvent convenir que le gage s'étendra aux animaux, venant en remplacement de ceux qui ont été warrantés. En ce cas, c'est moins les animaux *in specie* que le troupeau, universalité de fait qui fait l'objet du warrant ce qui explique que les éléments de cette universalité puissent être considérés comme fongibles (V. supra, pp. 155, 156).

Le décret stipule également qu'au cas où des produits warrantés ont été par suite du dépôt dans un syndicat, comice ou société agricole, mélangés avec d'autres produits, le privilège du porteur de warrant s'exercera sur une quantité de produits mélangés de valeur égale.

Le décret de 1935 comme la loi de 1906 prévoit comme bénéficiaires possibles de la loi, à côté des agriculteurs, les coopératives agricoles; d'après le texte de 1906, ces sociétés ne pouvaient warranter que les produits dont elles étaient propriétaires; d'après le nouveau texte, elles pourront également warranter les produits provenant exclusivement des récoltes de leurs adhérents et qui leur sont apportés par ceux-ci, sans qu'aucune réclamation soit possible de leur part, à moins que les statuts ne leur aient formellement réservé le droit de disposer des produits apportés par eux ou n'aient soumis la société à l'obligation d'obtenir leur adhésion écrite pour toute création de warrant.

Le warrant agricole peut-il garantir n'importe quelle dette de l'agriculteur? La loi ne parle que des emprunts et le

décret n'a pas modifié sur ce point le texte de 1906; il semble bien que le but de l'institution soit de permettre à l'agriculteur de se procurer par voie d'emprunt les fonds dont il peut avoir besoin sans être obligé de vendre sa récolte à un moment qui peut être défavorable.

La Jurisprudence admet cependant que la loi n'exclut pas la possibilité pour l'agriculteur, de garantir par un warrant une dette ayant une autre cause qu'un prêt; c'est ainsi que l'on a admis qu'un warrant pouvait garantir le solde d'un prix de vente (Trib., Seine-Inférieure, 8 avril 1930, D.H., 30, p. 344). (1)

Par contre une décision s'est refusée à admettre qu'un warrant put être conféré par un fermier à son bailleur, celui-ci étant suffisamment protégé par son privilège (Trib. comm., d'Indre-et-Loire, 24 décembre 1927, D, H, 27, p. 160). (2)

§ 3. *Conditions d'existence et de validité du warrant.* — A. - *Qualités requises chez le constituant.* — Le warrant exige chez l'emprunteur ou plus généralement chez le constituant, la capacité d'aliéner, car le warrant comme tout gage, est susceptible de conduire à une aliénation éventuelle, si le créancier non payé à l'échéance, poursuit la vente publique des objets warrantés.

Toutefois l'aliénation des revenus étant généralement un acte d'administration, la warrant agricole lorsqu'il a pour objet des récoltes peut être considéré comme un acte d'administration (V. sur la notion d'acte d'administration, Bonnecase, Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie, III, n° 343; Trasbot, *L'acte d'administration en droit privé français*, Thèse, Bordeaux, 1921); il suffira donc pour la validité du warrant que le constituant soit capable d'accomplir des actes d'administration, même si les actes de disposition lui sont interdits. C'est ainsi que la femme séparée de biens pourra warranter ses produits sans autori-

(1) V. en sens contraire, Caen 7 Juillet 1936, D. H. 36, p. 464.

(2) Il a été également jugé que le warrant ne pouvait garantir la dette éventuelle d'une caution mais seulement une dette actuelle : Trib. Civ. Le Havre, 23 Janvier 1932, Gaz. Pal. 32, 1, 586 ; en sens contraire, Trib. Civ. Alençon 19 Juillet 1932, Gaz. Pal. 32, 2, 711).

sation de son mari ou de justice; mais au cas ou le warrant garantit un emprunt, il faudra pour que l'acte soit valable, que l'emprunt ait été fait pour les besoins de l'administration.

L'emprunteur doit en principe être propriétaire des objets warrantés et cette condition est expressément mentionnée par le décret de 1935; mais s'il n'en est plus propriétaire, par exemple parce qu'il les avait vendus antérieurement à la constitution du warrant mais sans les livrer à l'acheteur, la Jurisprudence sous l'empire de la loi de 1906, déclarait le warrant valable et permettait au créancier s'il est de bonne foi, c'est-à-dire s'il a ignoré la vente, d'opposer l'article 2279 à la revendication de l'acquéreur qui se prévaut de sa qualité de propriétaire (V. Bordeaux, 16 décembre 1912, D, 13, 2, 257, Note critique De Loynes; S, 14, 2, 249, note Bourcart et sur pourvoi, Cass. civ., 23 avril 1918, D, 19, 1, 33, note Capitant, S, 17, 18, 1, 153, note Lyon-Caen (arrêts Mathéo-Petit); Cass. civ., 3 décembre 1919, *Gaz. Pal.*, 30 décembre 1919, D, 19, 1, 95; S, 21, 1, 38); d'après ces arrêts, le porteur du warrant, bien que n'ayant pas la détention matérielle des biens warrantés, doit sur la base des lois de 1898 et de 1906, être considéré comme possesseur de ces objets, le débiteur les détenant pour le compte de son créancier; celui-ci peut donc invoquer les effets attachés à la possession de bonne foi des meubles et notamment l'article 2279; cette solution, analogue à celle que nous avons rencontrée à propos du nantissement des fonds de commerce (V. supra, p. 167) a été vivement critiquée par une partie de la doctrine (V. la note De Loynes précitée, au D, 13, 2, 257); elle est comme nous le verrons plus loin d'une importance capitale pour la détermination de la nature juridique du warrant.

B. - *Mise en possession. - Possibilité de non-dessaisissement. - Publicité.* — Ainsi que nous le savons déjà le constituant n'est pas tenu de se dessaisir des produits warrantés; ceux-ci peuvent cependant depuis la loi de 1906, être confiés en dépôt soit à des syndicats, comices et sociétés agricoles soit à un tiers quelconque convenu entre les parties.

En ce cas, le dépositaire et s'il y a lieu le bailleur des locaux où les produits sont déposés doivent en accepter

la garde par un récépissé signé d'eux et porté sur le warrant lui-même ou donné séparément pour l'accompagner (art. 3).

Que les produits warrantés restent en la possession du débiteur ou qu'ils soient remis à des tiers, la loi exige pour la validité du contrat à l'égard des tiers l'établissement de la pièce dénommée warrant, sa remise au créancier et son inscription sur un registre spécial tenu au greffe de la justice de paix du canton où sont situés les produits warrantés.

A cet effet le débiteur fera au greffier une déclaration contenant les indications énumérées dans la loi et propres à individualiser les objets warrantés; il doit aussi indiquer le montant de la créance garantie et les clauses et conditions particulières du warrant; au cas où les objets warrantés sont immeubles par nature ou par destination, il doit déclarer s'ils sont ou non grevés d'hypothèques. Le greffier rédigera le warrant d'après cette déclaration et le transcrira sur un registre spécial; il mentionnera sur le warrant le volume et le numéro de la transcription ainsi que les warrants existant préalablement sur les mêmes produits (art. 3, loi du 30 avril 1906 complétée par le décret du 28 septembre 1935, art. 3).

Le warrant peut également être établi par les parties sans le concours du greffier, mais n'est en ce cas opposable aux tiers qu'après sa transcription au greffe (art. 4).

Le cultivateur qui ne sera pas propriétaire ou usufruitier de son exploitation, c'est-à-dire pratiquement le locataire, fermier ou métayer, devra avant de contracter un warrant et préalablement à l'emprunt, prévenir de son intention par l'intermédiaire du greffier, le propriétaire ou l'usufruitier du fonds loué. Celui-ci (ou son mandataire légal) pourra si des termes échus lui sont dus s'opposer au warrantage par lettre recommandée adressée au greffier dans les huit jours francs de l'accusé de réception de cet avis. Cependant avec le consentement du créancier, le débiteur peut être dispensé d'aviser le bailleur; mais en ce cas le privilège de celui-ci est opposable au porteur du warrant à moins que le dit bailleur y ait renoncé en apposant sa signature sur le warrant (art. 2).

Le warrant indique si le ou les produits ou objets warrantés sont assurés, et en cas d'assurance, les nom et adresse de l'assureur (art. 5).

Pour permettre aux tiers intéressés de connaître l'existence du warrant la loi du 30 avril 1906 (art. 6) organisait une certaine publicité; mais celle-ci était très restreinte pour tenir compte des susceptibilités et des habitudes des milieux ruraux; on n'avait pas voulu que tout le monde put connaître la situation gênée du débiteur. Aussi seul un prêteur pouvait-il avec l'autorisation de l'emprunteur, obtenir du greffier un état des warrants inscrits au nom de cet emprunteur ou un certificat de non inscription.

Les restrictions apportées à la publicité des warrants avaient fait l'objet de vives critiques; le décret du 28 septembre 1935 (art. 4) en a tenu compte en modifiant l'article 6 de la loi qui permet désormais au greffier de délivrer des états d'inscription ou des certificats de non inscription à tout réquérant et ce, sans aucune autorisation du débiteur.

En outre, dans tout contrat hypothécaire, le notaire doit indiquer si les immeubles, par nature ou par destination, objet de l'hypothèque sont ou non grevés de warrants.

§ 4. *Droits et obligations du débiteur.* — Le débiteur doit payer la créance garantie à l'échéance et en ce cas il fait radier l'inscription en justifiant du remboursement dans les conditions prévues à l'article 7.

Il a la faculté d'après l'article 8 de rembourser la créance avant l'échéance afin de libérer les produits warrantés de la charge qui pèse sur eux et de pouvoir les vendre plus facilement si les circonstances sont favorables. Ce remboursement est effectué entre les mains du dernier porteur du warrant; si celui-ci refuse d'accepter le payement anticipé, il peut consigner le montant de la dette et les intérêts dus au jour du remboursement plus les intérêts de dix jours, à la Caisse des dépôts et consignations. Contrairement aux dispositions réglant les warrants commerciaux, le débiteur bénéficie, en cas de remboursement anticipé, des intérêts à courir jusqu'à l'échéance sous déduction du délai de dix jours susindiqué. La consignation doit être validée par ordonnance du juge de paix et en ce cas les droits du créancier sont transportés sur la somme consignée.

Le débiteur reste propriétaire des produits warrantés et conserve le droit d'en disposer à la condition de respecter

les droits du warrant. Il peut les warranter une seconde fois mais doit en ce cas prévenir le nouveau prêteur de l'existence d'un warrant antérieur sous peine d'encourir la responsabilité pénale prévue par l'article 14.

Aux termes de l'article 8, il conserve également le droit de vendre les produits warrantés à l'amiable, même sans le concours du créancier; mais la livraison à l'acquéreur ne peut être opérée qu'après que le créancier aura été désintéressé, ce qui revient à conférer au créancier, bien qu'il n'ait pas la détention matérielle des produits, un droit de rétention qui ne pourra être violé par le débiteur qu'en encourant des sanctions pénales.

Sous le régime de la loi de 1898, des doutes s'étaient élevés sur cette possibilité du débiteur de vendre les produits warrantés, à raison des déclarations faites sur ce point par le ministre de l'Agriculture à la séance du Sénat du 8 juillet 1898 (*J. O.*, 1898, Sénat, Débats, p. 793); ces doutes ont été tranchés par la loi de 1906; la solution adoptée est conforme au Droit commun des sûretés réelles, celles-ci qu'il s'agisse du gage ou de l'hypothèque n'enlevant pas en principe, au propriétaire le droit d'aliéner; la subordination de la livraison matérielle au désintéressement du créancier est encore une application des règles du gage ordinaire dans lequel elle est une conséquence tant de la dépossession du débiteur que des restrictions apportées au droit de suite du gagiste par l'article 2279.

Le décret de 1935 a encore renforcé l'efficacité du droit de rétention du créancier lorsque le warrant porte sur des vins et des alcools, en permettant au créancier de demander aux agents des contributions indirectes de n'accorder qu'avec leur agrément les acquits ou congés permettant le déplacement de ces vins ou alcools.

Le débiteur lorsqu'il conserve la détention des objets warrantés a de ce chef des obligations que l'article premier dans sa disposition finale assimile à celles qui incombent aux tiers convenus auxquels la garde peut en être remise.

D'après cette disposition l'emprunteur ou le dépositaire des produits warrantés est « responsable de la marchandise qui reste confié à ses soins et à sa garde et ce, sans aucune indemnité opposable au porteur du warrant. »

Le débiteur ou le tiers convenu doit donc veiller à la conservation des produits, et s'abstenir de tout acte pouvant entraîner leur détérioration ou leur dépréciation.

On admet généralement que sa responsabilité sera plus étendue que celle du dépositaire *stricto sensu* lequel n'est tenu que des soins qu'il apporte à la conservation de ses propres biens c'est-à-dire de la *culpa levis in concreto* ; le débiteur ou le tiers seront responsables de la faute que ne commettrait pas un administrateur diligent et soigneux c'est-à-dire de la *culpa levis in abstracto*; ils sont en effet vis-à-vis de la chose dans la même situation que le serait le créancier gagiste lui-même si la détention lui en avait été remise et nous savons que dans ce cas celui-ci serait tenu en vertu de l'article 2080 du Code civil de sa faute légère *in abstracto*.

La responsabilité civile est ici renforcée par une responsabilité pénale; l'article 14 de la loi de 1906 punit des peines de l'abus de confiance prévues par l'article 408 du Code pénal, le fait pour l'emprunteur ou le dépositaire d'avoir détourné, dissipé ou volontairement détérioré au préjudice de son créancier, le gage de celui-ci.

Au cours des travaux préparatoires de la loi de 1898 le rapporteur de la Chambre a déclaré que cette disposition n'était que l'application du droit commun (D, 98, 4, 91, note 3). Planiol (*Traité élémentaire*, II, n° 2714, note 1) s'élève contre cette opinion « C'est une erreur, dit-il; l'abus de confiance est un délit qui est commis *aux dépens d'un propriétaire* par quelqu'un qui est simple *possesseur ou détenteur de la chose* à titre de dépôt, de mandat, de gage etc... Si l'article 408 nomme à côté du propriétaire comme victime possible du délit, un simple possesseur ou détenteur, c'est qu'on a voulu prévoir le cas où le dépositaire infidèle aurait, reçu la chose de quelqu'un qui n'en était pas propriétaire. Mais punir un *propriétaire* qui dispose de son bien au *préjudice de son créancier*, ce n'est pas lui faire l'application pure et simple de l'article 408 du Code pénal : *c'est créer un nouveau cas d'abus de confiance à côté de ceux qui existent* ».

Toute la question est de savoir si le débiteur qui ne conserve sur la chose qu'une propriété démembrée ne peut dans une certaine mesure être considéré comme *détenteur*

précaire de sa propre chose sur laquelle le porteur du warrant a un droit réel, c'est-à-dire une partie, un démembrement de la propriété, et si ce n'est pas là la conception de la loi; une telle question ne peut être résolue que par la détermination de la nature juridique du warrant et l'analyse du droit et de la possession du gagiste dans le gage ordinaire avec déplacement; nous renvoyons sur ce point aux explications que nous aurons à fournir ultérieurement.

Au cas de détournement des produits warrantés par une aliénation, l'acquéreur de mauvaise foi qui aura connu l'existence du warrant, pourra être poursuivi comme complice du délit commis par le débiteur ou le dépositaire. On peut se demander si le créancier ne pourra pas en ce cas se prévaloir vis-à-vis de cet acquéreur d'un droit de suite lui permettant de reprendre la chose (V. infra p. 199).

La disposition de l'article premier *in fine* empêche le débiteur ou le tiers dépositaire qui auraient fait des frais pour la conservation des produits warrantés de se prévaloir du privilège du conservateur vis-à-vis du porteur du warrant.

§ 5. *Droits et obligations du porteur duwarrant.* — I.- Le porteur de warrant qui veut rentrer dans ses fonds avant l'échéance, peut le négocier, l'escompter; nous savons en effet que le warrant est un titre à ordre, transmissible par endossement et circule comme un effet de commerce.

L'endossement doit être daté et signé, énoncer les noms professions et domiciles des parties (art. 10); il ne semble pas que les dispositions de la loi du 8 février 1922 qui a modifié l'article 137 du Code de commerce et permis l'endossement en blanc en matière de lettre de change puissent à défaut d'un texte être étendues à l'endossement des warrants.

L'escompteur ou les réescompteurs d'un warrant sont tenus d'aviser dans les huit jours de l'endossement le greffier du juge de paix; cet avis peut être donné par pli recommandé avec accusé de réception ou verbalement contre récépissé du greffier; il est nécessaire pour permettre au débiteur d'exercer la faculté de remboursement anticipé qui lui est reconnue par l'article 8. Cependant le débiteur peut en renonçant à l'avance à cette faculté, dispenser par une

mention spéciale inscrite au warrant l'escompteur et les réescompteurs de donner cet avis.

II.- Le créancier peut au contraire conserver le warrant jusqu'à l'échéance et en réclamer le paiement à cette date.

En cas de non payement à l'échéance, le porteur doit réclamer ce payement par lettre recommandée adressée au débiteur avec accusé de réception. Cet avertissement doit indiquer qu'à défaut de payement dans les quinze jours, il sera procédé à la vente publique des produits warrantés.

Lorsque le warrant aura été escompté, le dernier porteur, devra à peine de perdre son recours contre les endosseurs et s'il n'a pas été payé dans les cinq jours de l'avertissement susindiqué, dénoncer par lettre recommandée adressée par l'intermédiaire du greffier de la justice de paix, le défaut de payement à chacun des endosseurs.

En cas de refus de payement, le porteur du warrant peut quinze jours après l'avis adressé au débiteur poursuivre la vente publique aux enchères des produits warrantés. Cette vente est faite par un officier public ou ministériel en vertu d'une ordonnance du juge de paix rendue sur requête qui en fixe la date : elle a lieu après une publicité dont les conditions sont réglées par l'article 11, alinéa 3.

L'officier public qui procède à la vente doit en vertu du décret de 1935 prévenir par lettre recommandée, non seulement le débiteur et les endosseurs mais encore s'il y a lieu le bailleur, les créanciers privilégiés de l'article 2103 et les créanciers hypothécaires (art. 6 du décret).

En ce qui concerne les tabacs admis par la loi de 1906 au nombre des produits warrantables, la vente publique qui est impossible puisque l'Etat est le seul acheteur possible en vertu de son monopole, est remplacée par une opposition aux mains du comptable chargé d'effectuer le paiement lors du transport de la récolte au magasin de la régie, et par le versement effectué par ce comptable soit en vertu d'un accord des intéressés soit en vertu d'une décision de justice.

On s'est demandé si le porteur du warrant pouvait user de la faculté qui est reconnue au gagiste par l'article 2078 du Code civil de se faire attribuer l'objet du gage par une décision de justice. Certains commentateurs pensent que l'article 2078 du Code civil ne doit être appliqué qu'au cas

de gage ordinaire avec déplacement et que le gage sans déplacement prévu par les lois de 1898 et de 1906 ne pouvait produire que les effets prévus par ces lois; celles-ci étant muettes à cet égard, le créancier devrait dans tous les cas recourir à la vente et à la procédure de l'article 11; d'autres pensent que l'article 2078 peut s'appliquer quand les produits warrantés ont été remis à un tiers convenu conformément aux dispositions de l'article premier de la loi de 1906 car on se trouverait alors en présence d'un gage ordinaire (V. Galliet, *Des warrants agricoles*, p. 226, Sourdat, *Des warrants agricoles*, p. 157; Pelissier, *Etude sur les warrants agricoles*, p. 127, Schaffhauser, *Lois Nouvelles*, 1896, I, p. 141 à propos de la loi du 31 mars 1896).

La question offre d'ailleurs peu d'intérêt pratique à raison de la procédure expéditive et peu onéreuse de l'article 11 à laquelle en pratique le créancier aura toujours recours.

III. Aux termes de l'article 12, le porteur du warrant est payé directement, sur le prix de vente par privilège et préférence à tous créanciers en vertu d'une ordonnance du juge de paix.

Les seuls créances privilégiées opposables au porteur du warrant sont la créance du Trésor Public pour les contributions directes, les frais de vente qui ont profité au créancier et enfin le privilège du bailleur au cas où celui-ci n'a pas été avisé au moment de la constitution du warrant parce que le prêteur a dispensé le débiteur de donner cet avis conformément à l'avant dernier paragraphe de l'article 2.

Tous les autres privilèges sont primés par le privilège du porteur du warrant. Cela est vrai notamment quoiqu'on en ait dit (V. De Kerangal, *La crise agricole et la loi du 18 juillet* 1898, p. 180 et s.) du privilège du vendeur de semences et des frais de récolte (V. à ce sujet, Pélissier, op. cit., p. 133 et s.). Toutefois lorsque les objets warrantés sont immeubles par nature ou par destination, le conflit entre le porteur du warrant et les créanciers privilégiés ou hypothécaires se règle d'après la date des inscriptions du warrant et des privilèges ou hypothèques (art. 7 décret de 1935).

IV. Le créancier a encore la ressource en cas de non payement d'exercer un recours contre les endosseurs successifs du

warrant lorsque celui-ci a été escompté avant l'échéance. Aux termes de l'article 10 tous ceux qui ont signé ou endossé un warrant sont tenus à la garantie solidaire envers le porteur. D'après l'article 12 de la loi du 18 juillet 1898, le porteur ne pouvait exercer son recours contre les endosseurs qu'après avoir fait procéder à la vente et en cas d'insuffisance du produit de celle-ci. D'après la rédaction de l'article 13 de la loi de 1906 et les observations qui ont été faites à ce sujet au cours des travaux préparatoires, cette obligation de faire procéder préalablement à la vente qui avait paru gênante à certains escompteurs possibles, notamment à la Banque de France et aux grands établissements de crédit, a été supprimée; en conséquence, le porteur a le choix ou de poursuivre la vente ou de demander son payement aux endosseurs.

Au cas où il fait d'abord vendre les produits warrantés il ne peut plus exercer son recours qu'au cas où le prix est insuffisant pour le désintéresser, et en ce cas il doit d'après l'article 13, exercer ce recours dans le mois qui suivra la vente.

V.- Le créancier a-t-il à côté du droit de préférence qui résulte de son privilège, un droit de suite sur les produits warrantés ? Nous avons vu que le débiteur pouvait vendre les produits warrantés mais non les livrer à l'acquéreur. En cas de vente non suivie de livraison, il est certain que le droit de suite s'exerce en ce sens que l'aliénation tout en étant valable, ne fait pas obstacle à l'exercice par le créancier de ses droits sur les produits warrantés et qu'en cas de non payement, l'acquéreur qui aura payé au débiteur le prix de vente, n'aura droit qu'au reliquat du prix en vente publique, une fois le créancier payé, sauf son recours contre le vendeur.

D'autre part si le débiteur a, contrairement à la loi et en s'exposant aux poursuites pénales prévues par l'article 14, livré les produits à l'acquéreur, il est certain que si celui-ci est de bonne foi, il pourra opposer au créancier l'article 2279 et qu'aucun droit de suite ne pourra être exercé contre lui; en sorte que le créancier n'aura que la satisfaction platonique de faire condamner correctionnellement le débiteur malhonnête.

En sera-t-il différemment au cas où l'acquéreur sera de mauvaise foi, c'est-à-dire aura connu l'existence du warrant soit au moment de la vente soit à celui de la livraison? Nous savons déjà que dans ce cas l'acquéreur pourra être condamné correctionnellement comme complice du débiteur et il est indiscutable que le créancier pourrait se porter partie civile dans le débat correctionnel et demander à l'acquéreur comme au débiteur des dommages-intérêts pour le préjudice subi par lui. Mais pourra-t-il en outre suivre les produits warrantés dans le patrimoine de l'acquéreur de mauvaise foi et exercer sur eux son privilège?

Les auteurs sont divisés à ce sujet. D'après De Loynes (Note sous Bdx, 16 décembre 1912, D, 13, 2, 257) le créancier n'aurait contre l'acquéreur de mauvaise foi, qu'une action personnelle en dommages-intérêts.

Au contraire d'autres auteurs (Valéry, Note D, 10, 2, 306; Pélissier, op. cit., p. 112) admettent dans ce cas l'existence au profit du porteur du warrant d'une action réelle en revendication. L'existence de cette action est certaine si l'on fait application des règles du gage car seul l'article 2279 qui ne peut être invoqué que par un possesseur de bonne foi, fait obstacle au droit de suite du gagiste. De plus le texte même de la loi si on l'analyse paraît imposer cette solution : du moment que l'aliénation tout en étant déclarée valable, ne fait pas obstacle au droit du porteur du warrant sur les produits warrantés et que seule la livraison est interdite, c'est que la loi n'a entendu faire disparaître le droit réel du porteur que devant une prise de possession ce qui ne peut s'expliquer que par l'application de l'article 2279 du Code civil; il faut donc pour que cette prise de possession soit opposable au porteur qu'elle remplisse les conditions de l'article 2279, c'est-à-dire que l'acquéreur soit de bonne foi. Au cas contraire le porteur du warrant conserve son droit réel avec toutes les prérogatives qu'il comporte et notamment le droit de suite.

§6. *Nature juridique du warrant agricole.* -- I.- Nous retrouvons ici les divergences d'opinion que nous avons déjà exposées à propos du nantissement des fonds de commerce. Une sûreté dans laquelle le débiteur conserve la possession

ou du moins la détention de la chose dont la valeur est affectée au paiement de sa dette peut-elle constituer un gage?

Ici encore de nombreux auteurs en doutent et soutiennent que le warrant agricole est en réalité une hypothèque mobilière (Planiol, *Traité élémentaire*, II, n° 2405 et 2710; Baudry-Lacantinerie, *Précis*, III, n° 1219, p. 763; Galliet, *Le gage sans dessaisissement et le crédit agricole*, p. 158, Sourdat, *Des warrants agricoles*, p. 87-100; Devillez, *Des warrants agricoles*, p. 10 et s.; Cécillon, *Essai sur les warrants agricoles*, Thèse, Lyon, 1913, p. 156; Planiol et Becqué, *Sûretés réelles*, p. 250).

On a également voulu voir dans le warrant agricole une institution distincte à la fois du gage et de l'hypothèque que l'on a qualifiée de « privilège conventionnel » (V. L. Durand, *Le crédit agricole en France et à l'étranger*). « S'il n'y a pas de possession réelle, il n'y a pas de gage; tout ce qui peut exister, c'est un droit de préférence sur le prix des objets affectés conventionnellement à la garantie spéciale d'une dette déterminée. Pourquoi le débiteur ne pourrait-il pas convenir avec son créancier que de telles valeurs mobilières spécialement déterminées seraient affectées à la sûreté de sa créance sans que ses autres créanciers puissent prétendre concourir avec lui sur le prix? Sans doute, d'après notre législation actuelle, cette convention ne serait pas licite s'appliquant à un meuble. Mais une loi qui la validerait ne violerait aucun des grands principes de notre droit civil.

Mais un droit de préférence n'est autre chose qu'un privilège; il s'agit donc, non de donner un droit de gage à un créancier qui n'est pas nanti, mais de permettre au profit d'un créancier, la constitution d'un privilège conventionnel; c'est une conception nouvelle que notre législation ne connaît pas encore mais qu'elle ne repousse pas » (Durand, op. cit., p. 687).

Cette conception intermédiaire qui semble du reste un peu vague ne semble pas avoir eu beaucoup de succès auprès des auteurs et de la Jurisprudence; il ne pouvait guère en être autrement, surtout en présence des difficultés que soulève dans notre droit la notion de privilège (V. infra, 2e partie, Chap. V).

Il ne semble pas non plus que la thèse de l'hypothèque mobilière, malgré les adhésions qu'elle a rencontrées en doctrine, s'accorde avec l'esprit général dans lequel la loi a été votée et avec les termes mêmes des dispositions légales.

II.- A plusieurs reprises au cours des travaux préparatoires tant de la loi de 1898 que de la loi de 1906 on a affirmé que la nouvelle sûreté constituait un gage.

M. Chastenet, rapporteur du projet à la Chambre en 1898, avait fait des déclarations très nettes à ce sujet (*J. O.*, 1898, Chambre, Débats, p. 1498) : « N'oublions pas disait-il, le titre et la portée du projet actuel; nous faisons du warrantage, c'est-à-dire *du gage*, et non du privilège ou de l'hypothèque ». Après avoir affirmé que la loi se maintenait « dans les limites orthodoxes du nantissement », il analysait ainsi l'opération juridique : « Les produits engagés ont leur représentation légale dans le warrant; la remise aux créanciers de ce titre représentatif peut constituer la tradition qu'exigent les principes en matière de constitution de gage. En même temps il s'est opéré une sorte de tradition *brevi manu* ou quasi tradition des produits engagés, de manière que le propriétaire de ces produits se trouve détenir sa propre chose pour le compte du créancier gagiste et à titre de dépositaire avec les conséquences de droit qui en découlent et les pénalités qui peuvent en résulter. A cette tradition, dont le caractère occulte pourrait ne pas suffire à protéger les tiers, s'ajoute une publicité spéciale au greffe de la justice de paix où se trouvera un registre d'où devront être extraits les warrants délivrés ».

Il semble bien en définitive que ce soit cette conception qui est passée dans la loi et a été reproduite par la loi de 1906. Non seulement les deux lois contiennent à différentes reprises le terme de gage, pour désigner tantôt les produits warrantés, tantôt le droit du créancier sur ces produits; mais encore nous avons vu que la loi de 1906 qui permet de confier les produits warrantés à un tiers ne fait aucune différence entre les obligations de ce tiers qui constitue le tiers convenu de l'article 2076 du Code civil et les obligations du débiteur lui-même lorsqu'il conserve la garde des objets warrantés; l'application des peines de l'abus de confiance, en cas de détournement, l'interdiction de livrer les produits

se conciliant avec la possibilité de les aliéner, sont autant d'applications du principe que le débiteur qui conserve la garde des objets warrantés les détient pour le compte du créancier et se trouve dans la même situation qu'un tiers convenu.

L'opinion qui fait du porteur du warrant un véritable créancier gagiste et lui accorde sur les produits warrantés à défaut de la détention de fait une possession de Droit, a été très nettement exposée par Pascaud (« Revue politique et parlementaire », *Le warrantage des produits agricoles*, 1899, t. 21, p. 565). « L'idée de gage, dit-il implique ordinairement la remise matérielle entre les mains du prêteur de l'objet qui doit lui servir de garantie. Qu'il s'agisse de nantissement civil ou commercial, la détention effective est généralement considérée comme nécessaire. N'est-ce pas dépasser la mesure et de même qu'on peut légalement posséder un immeuble par un intermédiaire, comme un fermier qui occupe un terrain pour le compte du propriétaire, de même n'est-il pas possible d'avoir la possession non plus physique, mais de droit d'un objet quelconque dont la loi fait un gage? L'affirmative ne nous répugne pas, car elle donne au Droit en face du fait et sans l'adjonction de celui-ci une efficacité qui trop souvent lui fait défaut; elle spiritualise en quelque sorte l'application d'un principe dont la base principale était matérielle.

D'ailleurs pour qui veut analyser consciencieusement au point de vue juridique, la constitution du gage dans le cas qui nous occupe, il est certain que les produits engagés étant représentés par le warrant, la remise de ce titre au prêteur équivaut à la tradition exigée. On peut même admettre qu'il s'est effectué au profit du prêteur une quasi tradition des objets soumis au warrantage, puisqu'il a sur ces produits de véritables droits réels, à tel point que leur propriétaire les détient pour le compte du créancier gagiste et en est le dépositaire légal. Rien donc ne s'oppose à la conception d'un gage sans déplacement naissant tout à la fois de la force de la convention et d'une tradition qui pour n'être pas matérielle et directe, n'en satisfait pas moins aux exigences des principes et à des nécessités indéniables. »

De même, rapprochant le warrant agricole du warrant

commercial, Brouillet (*Le warrantage des produits agricoles*, « Musée social », n° 10, octobre 1899, p. 495, col. 2) assimilait l'emprunteur à un magasin général c'est-à-dire à un tiers convenu : « La loi du 18 juillet, ramenée à ce qu'elle a de caractéristique et d'original, se borne à donner au propriétaire emprunteur l'autorisation et les moyens de se constituer à proprement parler magasin général ».

Cette conception qui supprime la principale objection à l'assimilation du warrant au gage tirée du défaut de mise en possession du créancier, a depuis été admise, parfois avec certaines réserves, par de nombreux auteurs (Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, III, n° 406, *b* et *g.*, n° 354 et 357; Thaller, *Tr. élém. de dr. comm.*, 4e éd., n° 1603, p. 773; Colin et Capitant, *Crs él. de droit civil français*, II, p. 779; Magnin, *La loi du* 18 *juillet* 1898, « Ann. dr. comm. », 1899, p. 166. Hogrel, *Des warrants agricoles*, p. 6 et s.; Soustelle, *Le problème du crédit agricole en France*, p. 56; Pélissier, op. cit., p. 10 et s., p. 19 et s.).

III. La Jurisprudence s'est catégoriquement prononcée en ce sens en permettant, comme nous l'avons déjà indiqué, au porteur du warrant d'invoquer vis-à-vis des tiers l'article 2279 et la règle « En fait de meubles, possession vaut titre ». A cette occasion la Cour de Bordeaux et sur pourvoi la Cour de cassation n'ont pas hésité à reconnaître au porteur du warrant un véritable droit de gage sur les produits warrantés. Le cas d'espèce se présentait ainsi : après avoir vendu sa récolte à un commerçant qui n'avait pas immédiatement pris livraison, et avait laissé provisoirement le vin acheté sur le domaine du vendeur, un viticulteur avait constitué au profit d'un de ses créanciers un warrant sur cette récolte dont il n'était plus propriétaire. L'acquéreur revendiquait les vins achetés par lui comme étant sa propriété du jour de la vente et soutenait que le warrant était nul comme constitué par un non propriétaire. Le porteur de warrant de son côté prétendait faire vendre les vins warrantés pour exercer son privilège sur le prix et se prévalait vis-à-vis de l'acquéreur de l'article 2279 en soutenant avoir acquis la possession des produits warrantés par la constitution du warrant dans les formes légales. Par jugement du 25 avril 1912, le Tribunal civil de Libourne avait

résolu leconflit au profit de l'acquéreur; après avoir déclaré le warrant créé « a *non domino* » nul d'une nullité absolue, il écartait en ces termes l'application de l'article 2279 au profit du porteur de warrant : « Attendu que le porteur d'un warrant *ne possède pas*; que la maxime « En fait de meubles, possession vaut titre » est une conséquence de la possession *réelle* du possesseur de bonne foi; que le porteur du warrant ne possédant pas ne peut se prévaloir des suites de la possession; qu'il ne peut donc s'assimiler au créancier gagiste nanti ni se prévaloir de l'article 2279, bien que sa bonne foi soit certaine ».

Sur appel, la Cour de Bordeaux infirma le jugement du Tribunal de Libourne et reconnut au porteur de warrant les qualités de possesseur et de créancier gagiste qui lui avaient été déniées par les premiers juges. « Attendu dit la Cour, qu'aux termes de la loi précitée, il y a *gage proprement dit*; que rien ne permet de restreindre la portée de ce fait; que notamment, la volonté du législateur ressort, étant donné le mot même dont il s'est servi de la sorte, comme ayant été simplement de conférer au créancier l'*entier bénéfice du nantissement*, tout en le dispensant d'avoir à dessaisir son débiteur; que, si on n'admettait pas cette conséquence l'institution nouvelle apparaîtrait à peu près comme lettre morte; que par suite, il faut tenir le gagiste *sui generis* pour apte juridiquement à se gérer *comme s'il avait la détention de la chose ou comme si un tiers convenu en était détenteur* » (Bdx, arrêt Mathéo Petit du 16 décembre 1912 précité).

Sur le pourvoi de l'acquéreur, la Cour de cassation confirmait la manière de voir de la Cour de Bordeaux, « Attendu, dit la Cour Suprême, que le warrant agricole rendu public par la transcription est la *représentation légale de la chose warrantée* et confère au porteur une *possession équivalente à la possession réelle*; qu'en conséquence le porteur de bonne foi est, en vertu de l'article 2279 § 1 du Code civil, fondé à opposer son titre à l'acquéreur qui ne peut exciper d'une mise en possession antérieure » (Cass., 23 avril 1918 précité). Ces formules sont reproduites dans un arrêt postérieur du 3 décembre 1919, rendu dans une affaire connexe.

Comme il fallait s'y attendre la conception jurisprudentielle a été vivement critiquée par les auteurs qui voient dans le

warrant agricole une hypothèque mobilière « Il paraît impossible, dit De Loynes (note, D, 13, 2, 257 sous l'arrêt de la Cour de Bordeaux), d'approuver la décision de l'arrêt qui assimile le cas où le débiteur conserve la possession à celui où elle est remise à un tiers. Pour pouvoir invoquer la maxime « En fait de meubles, possession vaut titre » il faut, outre la bonne foi, la *possession réelle*. Or le porteur du warrant n'a pas *en son pouvoir, sous sa main*, les produits affectés à sa garantie; il n'en a pas la possession réelle. Il ne peut donc se prévaloir de l'article 2279 ». « Cette solution, écrit de son côté Becqué (Sûretés réelles, p. 260, nº 262, note 1), permet une véritable escroquerie aux dépens de l'acquéreur; elle fait une application exacte de la loi; mais mentionnons ici que le législateur ne peut pas impunément s'affranchir des notions scientifiques : un créancier gagiste ne peut avoir la possession réelle et le droit de rétention que s'il est *nanti par lui même* ou par *un tiers autre que le débiteur* de l'objet à lui spécialement affecté : pour *retenir*, il faut d'abord *détenir*. *C'est un défi au bon sens* que de considérer un gage *sans dépossession* comme conférant au créancier une *possession effective* avec les avantages juridiques qu'elle entraîne ».

Nous ne trancherons pas pour l'instant cette controverse; bornons-nous à constater que les tendances jurisprudentielles sont très nettement contraires au concept du warrant considéré comme une hypothèque mobilière, en notant que les arrêts Mathéo-Petit ont pour la détermination de la notion de gage en général et de la nature de la possession du gagiste une importance comparable à celle de l'arrêt Wolf-Genestal en matière de crédit documentaire.

IV.- On peut se demander si les modifications apportées à la loi de 1906 par le décret du 28 septembre 1935 ne sont pas susceptibles d'avoir une influence sur la détermination de la nature juridique du warrant agricole. Le décret conserve à la sûreté la dénomination qui lui avait été donnée et les termes de la loi qui la désignent comme un gage n'ont pas été modifiés; d'autre part, le droit de rétention de l'article 8 inexplicable avec la théorie de l'hypothèque se trouve non seulement conservé mais encore renforcé ainsi qu'il a été dit ci-dessus. Par contre la possibilité de warranter des immeubles

par nature ou par destination et le mode de règlement des conflits qui peuvent en résulter entre les porteurs de warrants et les créanciers ayant sur l'immeuble des hypothèques ou des privilèges immobiliers spéciaux, ainsi que l'élargissement de la publicité du warrant organisée par l'article 6, pourront certainement être invoqués par les partisans de l'hypothèque. De plus on peut se demander si en présence des termes de l'article premier qui stipule expressément que le débiteur devra être propriétaire des produits warrantés, la Jurisprudence que nous avons citée sur l'application de l'article 2279 au profit du porteur de warrant ne se trouve pas implicitement condamnée; ce dernier point toutefois n'est pas certain; tout le monde est d'accord pour reconnaître qu'un droit réel quelconque (propriété, gage, hypothèque) ne peut être valablement cédé ou créé sur un bien meuble ou immeuble que par le propriétaire de ce bien; en ce qui concerne les meubles, ce n'est pas le transfert d'un droit qu'invoque le possesseur de bonne foi qui acquiert un droit réel mobilier « *a non domino* », lorsqu'il se prévaut de l'article 2279, puisque ce transfert par hypothèse n'a pu s'opérer; c'est la possession de bonne foi qui en vertu de la loi remplace le titre inexistant de l'acquéreur; de même la Jurisprudence susindiquée ne dit pas que le porteur du warrant a acquis du débiteur qui n'était plus propriétaire un droit réel sur les produits warrantés; elle dit seulement qu'il a acquis de lui une possession à titre de créancier gagiste et que cette possession suffit lorsqu'il est de bonne foi pour suppléer à la nullité de la constitution du warrant; en un mot elle ne tranche pas une question de droit réel mais une question de possession; on pourrait donc soutenir que le porteur pourra toujours se prévaloir de la possession qui résulte pour lui tant de la détention du warrant que de la publicité prévue par la loi, bien que le débiteur n'ait pas eu le droit de créer le warrant d'après les termes de l'article premier.

Quoi qu'il en soit, les auteurs du décret de 1935 semblent s'être assez peu préoccupés de la nature juridique du warrant; ils se sont surtout inspirés des nécessités pratiques et ont entendu renforcer l'efficacité de l'institution. La question reste donc entière après comme avant le décret de 1935.

Section II.

Des Warrants hôteliers

La loi du 8 août 1913 modifiée par celle du 17 mars 1915 a créé le warrant hôtelier pour permettre aux exploitants d'hôtels à voyageurs de se procurer les fonds nécessaires au développement de leur industrie. Le nantissement du fonds suivant la loi de 1909 pouvait sans doute être utilisé par l'hôtelier comme instrument de crédit; mais en ce cas le créancier nanti se trouvait primé par le privilège du bailleur et l'importance du loyer rendait souvent de ce chef le nantissement peu pratique.

L'institution présente de grandes analogies avec le warrant agricole; nous étudierons successivement la constitution et les effets du warrant; un troisième paragraphe sera consacré à quelques observations sommaires sur la nature du droit du porteur de warrant.

§ 1. *Constitution du warrant.* — Aux termes de l'article premier l'hôtelier peut emprunter «sur le mobilier commercial, le matériel et l'outillage servant à son exploitation même devenus immeubles par destination, tout en en conservant la garde dans les locaux de l'hôtel».

Le warrant est inscrit sur un registre à souche tenu au greffe du tribunal de commerce dont le volant et la souche contiennent d'après les déclarations de l'emprunteur les indications prescrites par l'article 3 de la loi et relatives à la désignation des parties, de la créance garantie, et des objets warrantés. Il doit en outre être indiqué que ces objets ne sont grevés d'aucun privilège de vendeur, de nantissement ou de gage antérieurement constitué. L'avis que la loi prescrit d'adresser au bailleur ainsi que nous le disons ci-dessous et le montant du loyer doivent être également mentionnés.

L'article 13 de la loi punit des peines de l'escroquerie l'emprunteur convaincu d'avoir fait une fausse déclaration ou d'avoir constitué un warrant sur des objets dont il n'est pas propriétaire ou déjà donnés en gage ou en nantissement.

Le volant détaché de la souche et destiné à être remis au créancier constitue le warrant-hôtelier *stricto sensu.*

Il ne peut être délivré qu'un seul warrant pour les mêmes objets.

Le warrant est transmissible par voie d'endossement daté et signé. Le prêteur doit dans un délai de 6 jours faire transcrire sur le registre le premier endossement; mention en est faite sur le warrant. L'escompteur et les réescompteurs du warrant sont tenus d'aviser dans les huit jours, le greffier du tribunal de commerce par pli recommandé avec accusé de réception ou verbalement contre récépissé. L'emprunteur peut, par mention spéciale inscrite sur le warrant, dispenser les escompteurs de donner cet avis en renonçant à la faculté d'exercer le remboursement de la créance avant l'échéance (art. 4 et 5).

Pour sauvegarder le privilège du bailleur tout en le limitant dans l'intérêt du porteur du warrant, l'article 2 stipule que le débiteur, lorsqu'il n'est pas propriétaire ou usufruitier de l'immeuble où il exerce son industrie, doit aviser avant l'emprunt par acte extrajudiciaire le propriétaire ou l'usufruitier du fonds loué de l'emprunt qu'il se propose de contracter et de la nature, quantité et valeur des objets à warranter. Cet avis doit être réitéré par une lettre recommandée adressée par l'intermédiaire du greffier du tribunal de commerce.

Dans un délai de quinze jours francs à partir de l'acte susindiqué, le propriétaire ou l'usufruitier peuvent s'opposer à l'emprunt par acte extrajudiciaire adressé au greffier lorsqu'il ne leur a pas été payé les loyers échus, six mois de loyers en cours et six mois à échoir.

Le privilège du bailleur subsiste dans les termes du Droit commun si l'emprunt est réalisé malgré son opposition.

Le bailleur peut toujours renoncer à son opposition ou au payement des loyers susindiqués en apposant sa signature sur le registre des warrants.

L'article 6 organise la publicité des warrants. Le greffier est tenu de délivrer à tout prêteur qui le requiert un état des warrants inscrits ou un certificat de non-inscription; il est également tenu de faire cette délivrance à tout hôtelier du ressort de son greffe qui le requerra pour le fonds

exploité par lui. Cette publicité ne suppose pas le consentement du débiteur comme c'était le cas pour les warrants agricoles avant le décret de 1935; mais seules les personnes ayant les qualités susindiquées et en justifiant peuvent obtenir les états ou certificats dont s'agit.

§ 2. *Effets du warrant.* — Les objets warrantés restent jusqu'au remboursement des sommes prêtées le gage du créancier ou de ses ayants droit.

Le débiteur est responsable des dits objets qui demeurent confiés à ses soins, sans aucune indemnité opposable au porteur du warrant. L'article 13 punit des peines de l'abus de confiance, l'emprunteur « convaincu d'avoir détourné, dissipé ou volontairement détérioré au préjudice de son créancier le gage de celui-ci ».

L'emprunteur aux termes de l'article 8 conserve le droit de vendre les objets warrantés mais leur tradition ne peut être opérée qu'après le désintéressement du créancier.

Le débiteur peut rembourser la créance garantie avant l'échéance et bénéficie en ce cas des intérêts restant à courir jusqu'à l'échéance sous déduction d'un délai de dix jours; en cas de refus du porteur d'accepter le remboursement, le débiteur peut consigner et faire ordonner la main-levée du warrant, les droits du porteur étant transportés sur la somme consignée par ordonnance rendue par le président du Tribunal de commerce.

Faute de payement à l'échéance, le porteur du warrant doit réclamer ce payement par lettre recommandée avec accusé de réception adressée au débiteur. Si celui-ci n'obtempérer pas, il peut poursuivre la vente des objets warrantés dans la forme prévue par les articles 16 à 23 de la loi du 17 mars 1909.

Le porteur du warrant a en outre un recours contre tous ceux qui ont endossé ou signé le warrant et qui sont tenus solidairement envers lui (art. 5, al. 2). Toutefois s'il fait d'abord procéder à la vente des objets warrantés il ne peut plus exercer ce recours qu'en cas d'insuffisance du prix pour le désintéresser. En ce cas, il doit intenter ce recours dans les trois mois à compter du jour de la vente (art. 11).

En cas de vente, le porteur du warrant est payé directement de sa créance sur le prix par privilège et préférence à tous créanciers, en vertu d'une ordonnance du président du tribunal de commerce, et sans autre déduction que celle des contributions directes et des frais de vente (art. 12).

Toutefois, le bailleur peut toujours exercer son privilège jusqu'à concurrence de six mois de loyers échus, six mois de loyers en cours et six mois à échoir (art. 11 al. 3).

Au cas où les objets warrantés sont immeubles par destination, le conflit entre le porteur de warrant et les créanciers hypothécaires est réglé d'après les dates respectives de la transcription du premier endossement et des inscriptions des hypothèques; pour les hypothèques dispensées d'inscription on tient compte de la date à laquelle elles ont pris naissance (art. 2, dernier paragraphe).

§ 3. *Observations sur la nature du warrant hôtelier.* — La nature juridique du warrant hôtelier soulève les mêmes discussions que celle du warrant agricole. Planiol, (*Tr. élém.*, II, n° 2717 bis et 2717 ter) y voit une hypothèque mobilière et argue en ce sens des règles applicables au cas de conflit entre le porteur du warrant et les créanciers hypothécaires. Durand (*Du warrant hôtelier*, Thèse, Toulouse, 1914) y voit un gage « *sui generis* » sans dépossession;.

Les explications que nous avons déjà données à propos du warrant agricole nous dispensent d'insister sur ce point. Comme pour le warrant agricole nous trouvons ici la détention d'un titre représentant la chose par le créancier, une sorte de droit de rétention exercé par le débiteur lui-même pour le compte du créancier (art. 8), la qualité de dépositaire imposée au débiteur sous peine de sanctions pénales (art. premier , al. 13), la désignation de la sûreté du nom de gage, toutes choses difficilement conciliables avec la notion d'hypothèque mobilière.

Ainsi que nous l'avons déjà annoncé pour le warrant agricole, nous rechercherons plus loin dans notre seconde partie s'il n'est pas possible de donner une solution d'ensemble sur la nature des gages sans dessaisissement.

Section III.

Des Warrants pétroliers

La loi du 21 avril 1932 permet aux détenteurs de stocks de pétrole brut ou de dérivés et résidus du pétrole brut, titulaires d'autorisations d'importation prévues par la loi du 30 mars 1928 de warranter ces stocks en garantie de leurs emprunts tout en en conservant la garde dans leurs usines ou dépôts. Les importateurs en gros de pétrole avaient en effet difficilement la possibilité avant cette loi d'emprunter sur leur stocks, car il était difficile de les entreposer dans des magasins généraux, ceux-ci n'étant pas en général outillés pour recevoir des produits de cet ordre.

La loi nouvelle a organisé le warrant pétrolier sur le modèle des warrants agricoles et hôteliers.

Le warrant est établi par le greffier du tribunal de commerce de la situation des produits à warranter sur les déclarations de l'emprunteur; il est transcrit par le greffier sur un registre spécial.

Le warrant pétrolier est transmissible par endossement; les escompteurs et réescompteurs sont tenus d'aviser le greffier dans un délai de huit jours de l'endossement sauf dispense accordée par l'emprunteur et mentionnée sur le warrant (art. 8).

Le greffier doit délivrer à tout réquérant un état des warrants ou un certificat de non inscription (art. 4).

Les produits warrantés restent le gage du porteur du warrant et sont confiés à la garde de l'emprunteur qui en est responsable (art. 1er). L'article 13 établit en outre à sa charge une responsabilité pénale analogue à celle de l'article 14 de la loi de 1906 et de l'article 13 de la loi de 1913.

Le warrant est établi sur une certaine quantité de marchandises d'une qualité spécifiée sans qu'il soit nécessaire de séparer matériellement les produits warrantés des autres produits similaires détenus par l'emprunteur (art. 1er); cette disposition peut être rapprochée de celle qui vise le

cas de mélange des produits warrantés d'après le décret de 1935 en matière de warrants agricoles.

Comme dans les warrants agricoles et hôteliers, l'emprunteur conserve le droit de vendre les produits warrantés mais ne peut les livrer avant que le créancier ait été désintéressé (art. 6, al. 1er).

Il a de même le droit d'effectuer un remboursement anticipé en bénéficiant des intérêts à courir sous déduction d'un délai de dix jours, à moins qu'il n'ait dispensé l'emprunteur et les réescompteurs de donner l'avis prévu à l'article 8 (art. 6).

Le porteur du warrant non payé doit réclamer son payement par lettre recommandée au débiteur. S'il n'est pas payé dans le délai de cinq jours, il doit dénoncer le défaut de payement aux endosseurs dans les quinze jours de l'échéance, sous peine de perdre son recours contre eux.

A défaut de payement, il peut quinze jours après la lettre recommandée adressée à l'emprunteur poursuivre la vente à laquelle il est procédé par un officier public ou ministériel en vertu d'une ordonnance du président du tribunal de commerce (art. 9). L'emprunteur peut toutefois accepter par une mention spéciale inscrite au warrant, que la vente puisse être faite à l'amiable, mais une ordonnance du président est toujours nécessaire.

Le porteur du warrant est payé par privilège et préférence à tous créanciers sous déduction des frais de vente en vertu d'une ordonnance du président du tribunal de commerce (art. 10).

Au cas où il fait procéder à la vente, le créancier ne peut exercer son recours contre les endosseurs qu'en cas d'insuffisance du prix et a pour cela un délai d'un mois à dater de la vente (art. 11).

Les articles 12 et 13 prévoient le cas où la valeur du gage serait diminuée soit par suite de non conformité entre les existants et les qualités ou quantités warrantées, soit par suite d'une baisse de la valeur des stocks égale ou supérieure à dix pour cent; dans les deux cas le porteur peut mettre l'emprunteur en demeure par lettre recommandée de rétablir la garantie ou de rembourser proportionnellement les sommes prêtées. A défaut de satisfaction dans les délais

prévus par ces articles, la créance devient immédiatement exigible.

Ainsi qu'on le voit, c'est sous réserves de particularités de détail la règlementation des warrants agricoles et hôteliers que nous retrouvons ici; cette troisième forme de sûreté mobilière sans dessaisissement peut donc être assimilée aux deux premières.

Section IV.

Du gage dans la vente à crédit des voitures automobiles (Loi du 29 décembre 1934)

La loi du 29 décembre 1934 qui a réglementé d'une façon très imparfaite d'ailleurs ainsi que nous le verrons, la vente à crédit des véhicules et tracteurs automobiles a créé dans notre droit une nouvelle forme de gage sans dépossession ou tout au moins sans dessaisissement. C'est d'ailleurs incontestablement celle qui a été le plus mal organisée et pour laquelle les dispositions législatives sont le plus insuffisantes, malgré le complément que leur a apporté une circulaire ministérielle du 18 février 1935.

Nous examinerons brièvement dans un premier paragraphe l'origine et le but de la loi nouvelle ainsi que le régime de la vente à crédit et de la mise en gage des automobiles avant le vote de la loi; nous étudierons ensuite les conditions de constitution du gage et sa publicité puis ses effets; dans un dernier paragraphe nous rechercherons la nature juridique du gage ainsi créé.

§ 1. *La vente à crédit et la mise en gage des automobiles avant la loi du 29 décembre 1934. - Origine et but de la loi nouvelle.* — La vente à crédit ou à tempérament est devenue aujourd'hui d'une pratique fréquente; elle est particulièrement usitée dans l'industrie de l'automobile et elle a indiscutablement contribué au développement de celle-ci en France.

L'automobile est en effet un meuble relativement coûteux mais dont l'usage se répand de plus en plus; nombreuses sont les personnes qui désirent en acquérir soit pour leurs plaisirs soit pour l'exercice de leur profession mais à qui leurs possibilités financières en interdisent l'achat au comptant. Les vendeurs d'automobiles se sont donc préoccupés d'élargir leur clientèle en lui procurant des facilités de payement; mais en même temps ils ont dû prévoir le défaut de payement et l'insolvabilité de l'acheteur; ils ont donc tenté dans la pratique de réaliser des contrats qui leur permettaient en cas de non paiement de reprendre la voiture vendue ou de la faire vendre pour se payer sur le prix. L'idée qui les a inspiré a été de conserver la propriété de la voiture tant que le prix n'était pas complètement payé, l'acheteur n'en étant jusqu'à cette date que le détenteur précaire.

On trouvera une analyse des contrats usuels les plus souvent pratiqués en la matière dans l'étude consacrée à la loi du 25 décembre 1934 par M. Marcel Lameignère, (*La vente à crédit des véhicules automobiles*, Bordeaux, Delmas, 1935, p. 14 à 27). Ces contrats se ramenaient en pratique à deux grandes catégories : la location-vente et la vente sous condition, le plus souvent sous condition suspensive.

L'intérêt de ces conventions consistait surtout dans l'interdiction faite à l'acquéreur de céder, échanger ou louer le véhicule, tant que le prix n'aurait pas été payé. On stipulait ordinairement que l'acheteur ne deviendrait propriétaire du véhicule qu'une fois le prix payé et que jusque là le vendeur le lui confiait à titre de prêt à usage ou de location. On espérait ainsi au cas où l'acquéreur passerait outre à la défense, renforcer sa responsabilité civile par une responsabilité pénale et pouvoir obtenir le paiement en le menaçant d'une plainte en abus de confiance. Le vendeur espérait également au cas où l'acquéreur eût été déclaré en faillite ou en liquidation judiciaire, revendiquer la voiture, comme étant restée sa propriété. Sur ces deux points les espérances des vendeurs avaient été en grande partie déçues par suite de la jurisprudence de la Cour de cassation qui restituait au contrat sa vraie nature et y voyait une vente à tempérament en en éliminant les conventions accessoires de location et de prêt à usage; d'où non application des peines de

l'abus de confiance en cas de détournement, l'article 408 du Code pénal ne visant pas la vente au nombre des contrats dont la violation constitue ce délit, d'où également interdiction de la revendication en cas de faillite ou liquidation judiciaire, celle-ci n'étant permise que tant que la chose n'a pas été encore livrée au failli (art. 576 du Code de comm.) (V. sur ce point, Lameignère, op. cit., p. 23 à 27 et notes 2 à 5).

Les vendeurs avaient également semble-t-il songé à se faire donner la voiture en gage par l'acquéreur; sans doute cela ne leur permettait pas d'en conserver la propriété et de la reprendre en nature; mais cela leur eût permis de la faire vendre à nouveau et de se payer du solde qui leur était dû par privilège sur le prix. Malheureusement les règles du gage rendaient cette pratique difficile pour ne pas dire impossible puisque le gage eût exigé la dépossession du débiteur et que l'on entendait au contraire lui en laisser l'usage. Aussi la Jurisprudence déclarait-elle nul faute de mise en possession du créancier, le nantissement d'une automobile restée entre les mains de l'acheteur débiteur, au profit du vendeur pour garantie du solde du prix de vente (Trib. civ., Segré, 22 juillet 1932, *Gaz. Pal.*, 32, 2, 843).

On aurait pu songer à suppléer à la mise en possession par la remise au créancier d'un titre représentant la voiture. En fait le cas s'est posé devant la Jurisprudence dans une espèce où le gage garantissait non un solde de prix de vente mais une ouverture de crédit faite par un banquier à un de ses clients, qui pour lui garantir le remboursement de sa créance lui avait donné en gage une voiture automobile dont il était propriétaire; le débiteur avait conservé la détention de la voiture mais avait remis au créancier la notice descriptive de l'automobile, pièce administrative nécessaire à l'obtention de la carte grise; la Cour de Douai déclara le nantissement nul ou tout au moins inopposable aux tiers faute de mise en possession; motifs pris de ce qu'une tradition même symbolique devait entraîner la dépossession permanente du débiteur de façon apparente pour les tiers et de ce que la notice dont s'agit ne pouvait être considérée comme un titre de propriété et une représentation légale de la chose (Douai, 15 juillet 1929, *Gaz. Pal.*, 29, 2, 705; S, 30, 2, 38).

C'est dans ces conditions que le législateur intervint pour tenter de donner aux vendeurs d'automobiles à crédit une sécurité qui leur faisait défaut.

On songea d'abord à créer à leur profit un privilège mobilier spécial par voie d'addition à l'article 2102 ou à modifier pour eux les effets du privilège du vendeur d'effets mobiliers non payé. C'est dans ce sens que fut faite une proposition de M. Paul Malingre à la Chambre le 20 février 1934 (Chambre Doc., Annexe, nº 3067). Ce texte modifié une première fois par la Commission de la Chambre fut remanié profondément par la commission du Sénat qui substitua l'idée de gage à celle de privilège; adopté alors sans débat par les deux Assemblées, il devint la loi du 29 décembre 1934. (V. sur ces travaux préparatoires, H. Capitant, La vente à tempérament des automobiles, D.H., 1935, Chron., p. 9 et s., et Lameignère, op. cit., note 6, p. 57).

Cette loi a pour but de permettre aux vendeurs à crédit des véhicules ou tracteurs automobiles de se faire constituer en gage par l'acquéreur la voiture vendue à crédit tout en lui en laissant la possession ou tout au moins la détention.

Ainsi que nous l'avons déjà indiqué les dispositions de la loi ont été complétées par une circulaire interministérielle du 13 février 1935 adressée par les Ministres de la Justice, du Commerce et de l'Industrie, des Finances, de l'Intérieur et des Travaux publics aux préfets; sans doute cette circulaire n'a pas force de loi mais en présence du laconisme de celle-ci elle la complète utilement; les préfectures jouant d'ailleurs ainsi que nous le verrons un rôle important dans l'application de la loi et la circulaire étant obligatoire pour les fonctionnaires administratifs auxquels elle s'adresse, les précisions apportées par cette circulaire auront pratiquement une grande importance , tant qu'une nouvelle loi ne sera pas venu modifier ou compléter la première.

D'après l'intitulé de la loi, celle-ci s'applique à la vente à crédit des « véhicules ou tracteurs automobiles »; la circulaire sus relatée interprétant largement le texte déclare qu'elle est applicable aux « voitures automobiles, motocyclettes, side-cars etc... ainsi qu'aux tracteurs de toute nature, routiers et agricoles » à la seule exclusion des « bicyclettes à moteur auxiliaire (B. M. A.

§ 2. *Constitution du gage.* — Aux termes de l'article premier, tout contrat de vente à crédit de véhicule automobile devra faire l'objet d'un acte sous seing privé enregistré rédigé dans les termes de l'article 2074 du Code civil. Cet acte devra donc mentionner la somme due par l'acquéreur et contenir les énonciations propres à individualiser la voiture qui constitue l'objet du gage.

Le contrat devra également indiquer le bénéficiaire du gage; ce sera normalement le vendeur mais l'article 2 de la loi, mentionne à côté de lui l'escompteur des traites acceptées par l'acquéreur et qui est juridiquement un cessionnaire de la créance du vendeur, et le prêteur qui aura fourni des fonds pour l'acquisition du véhicule.

Le créancier gagiste qui pourra être un cessionnaire de la créance autre qu'un escompteur (par exemple si la créance du vendeur n'est pas représentée par des traites ou plus généralement des effets négociables) devra, aux termes de l'article 2, faire mentionner le gage sur un registre à souche tenu à la préfecture. Cette inscription doit être demandée à la préfecture qui a immatriculé la véhicule et délivré la carte grise; elle rappellera la constitution de gage dont le véhicule est l'objet, le nom de l'acheteur et du créancier et la date de l'enregistrement du contrat.

Un reçu de la déclaration devra être délivré au créancier gagiste et ce reçu répètera littéralement la mention portée à la souche.

La loi précise que l'inscription « conservera le gage dans les termes de l'article 2076 du Code civil » et que par la délivrance du reçu susindiqué « le créancier gagiste sera réputé avoir conservé la marchandise en sa possession ».

Le créancier sera responsable d'après la loi de l'insuffisance ou de l'irrégularité de la déclaration qu'il n'aurait pas contrôlée; c'est également à lui qu'incombe une fois payé le soin de faire effectuer la radiation de l'inscription.

Le registre prévu par la loi est-t-il public? Le texte même de la loi n'en dit rien, ce qui est assez singulier; tout le monde est cependant d'accord pour reconnaître que les dispositions légales, seraient illusoires si les tiers intéressés ne pouvaient connaître l'existence du gage qui grève le véhicule. Aussi la circulaire ministérielle du 18 février 1935 prescrit-elle

aux préfets de délivrer à tout requérant des attestations d'inscription, de non inscription ou de radiation.

La même circulaire organise un système de transferts et de transmissions de la mention « véhicule donné en gage » sur le registre d'immatriculation minéralogique; grâce aux dispositions de cette circulaire, cette mention suit le véhicule à travers les transferts successifs de la carte grise.

Aucune mention spéciale ne doit être portée sur celle-ci; pour des raisons analogues à celles qui avaient fait restreindre la publicité des warrants agricoles, on a voulu que la constitution de gage quoique pouvant être connue des tiers, soit entourée d'une certaine discrétion et n'appar isse pas à la seule vue de la carte grise.

Aux termes de l'article 4, le texte de la loi sera imprimé au dos des cartes grises; on a suggéré (V. Lameignère, op. cit., p. 41) qu'il y aurait pu y avoir là un moyen discret de signaler la constitution de gage en réservant cette insertion aux cartes grises afférentes à des véhicules donnés en gage; mais en réalité il s'agit simplement d'une mesure générale destinée à faire connaître la loi nouvelle aux possesseurs d'automobiles, et qui s'applique à toutes les cartes grises même relatives à des véhicules vendus au comptant.

§ 3. *Effets du gage.* — La loi est on ne peut plus laconique à ce sujet; elle ne dit rien des droits et des obligations du débiteur qui pourtant conserve le détention de l'objet du gage en même temps qu'il en est devenu propriétaire par la vente et à qui la constitution de gage doit à raison de cette double qualité imposer certains devoirs en même temps que lui laisser certains droits.

Quant aux droits du créancier, elle se borne à dire qu'il pourra en cas de non payement réaliser son gage dans les formes de l'article 93 du Code de commerce, que le débiteur soit commerçant ou non.

Il semble assez difficile de s'en référer aux principes généraux en matière de gage puisque le gage de Droit commun comporte le dessaisissement du débiteur et que nous nous trouvons ici en présence d'un gage sans dessaisissement. Il est vraisemblable que la loi actuelle sera sous la pression des nécessités pratiques modifiée ou complétée par des

dispositions nouvelles comme il advint en matière de nantissement des fonds de commerce après le vote de la loi insuffisante du 1er mars 1898. En attendant, le laconisme du législateur ouvre le champ à d'importantes controverses d'autant plus qu'on peut se demander quelle est la nature véritable de la sûreté prévue par la nouvelle loi. Pour les auteurs qui admettent avec la Jurisprudence l'existence dans notre Droit d'une forme de gage sans dessaisissement distincte de l'hypothèque et dont le type doit être recherché dans les warrants agricoles, hôteliers et pétroliers et peut être aussi avec certaines réserves dans le nantissement des fonds de commerce, c'est évidemment à cette notion qu'il faudra faire appel pour résoudre les difficultés que soulève l'application de la nouvelle loi. Pour ceux au contraire qui assimilent le gage sans dessaisissement à une hypothèque mobilière, c'est aux règles de l'hypothèque qu'il convient de se référer.

Les difficultés se trouvent encore aggravées du fait que la loi étant récente, il n'est pas encore possible de rechercher dans l'examen des solutions jurisprudentielles qui interviendront au sujet de son application, les directives qui font défaut dans le texte même de la loi.

Malgré tout, nous allons essayer de préciser en faisant état tant des termes de la loi que des commentaires qu'elle a déjà suscités et des dispositions de la circulaire précitée quels sont sous le régime institué par la loi, les droits et obligations du débiteur et du créancier.

A. - *Droits et obligations du débiteur.* — Trois principes seulement sont certains : 1° L'acquéreur débiteur du solde du prix est devenu propriétaire du véhicule à dater de la vente; 2° il a conféré au vendeur sur ce véhicule un droit de gage qu'il doit respecter; 3° il a la détention du véhicule dont le créancier est réputé avoir la possession dans la mesure où la possession est nécessaire ou utile au créancier gagiste.

C'est en partant de ces principes que nous devons essayer de résoudre les difficultés qui peuvent se poser. L'acquéreur se trouve en définitive dans une situation analogue à celle de l'agriculteur qui a constitué un warrant agricole sur les produits ou depuis 1935 sur le matériel de son exploitation;

nous devons donc lui appliquer *mutatis mutandis* les mêmes règles.

De sa double qualité de détenteur et de propriétaire, il découle que l'acquéreur a l'usage et la jouissance du véhicule mais que celui-ci en tant que gage du créancier est confié à ses soins et à sa garde; il doit donc non seulement respecter le droit du créancier mais encore veiller pour le compte de celui-ci à la conservation de l'objet du gage. Il sera donc responsable de ce chef de sa faute légère conçue de façon abstraite comme l'est le débiteur qui a consenti un warrant agricole et pour les mêmes raisons. Cette responsabilité civile sera-t-elle assortie d'une responsabilité pénale? On peut hésiter en l'absence d'un texte formel à lui appliquer en cas de détournement ou de détérioration du gage les peines qui punissent l'abus de confiance et qui sont applicables comme nous l'avons vu au cas de warrant agricole, hôtelier ou pétrolier; il ne faudrait cependant pas hésiter à le faire si on considérait cette sanction pénale comme étant dans les cas précités l'application du droit commun.

En tous cas le débiteur qui détournerait ou détériorerait le gage du créancier encourrait certainement à notre avis les peines prévues par les articles 400 et 401 du Code pénal en cas de détournement du gage.

M. Capitant dans l'article précité (*La vente à tempérament des automobiles*, D. H., 35 Chronique, p. 13) en doute cependant; l'article 400 dit-il « vise le débiteur donneur de gage; or l'acheteur ne donne pas en gage son automobile au vendeur; c'est la loi qui attribue à celui-ci le privilège du créancier gagiste ».

Bien que cette distinction puisse être appuyée par l'opinion de Garçon (Code pénal annoté sous l'art. 400, n° 136) on peut douter de son exactitude et M. Marcel Lameignère n'hésite pas à la traiter de « subtile » (op. cit., note 15, p. 61); en tous cas, elle n'aurait aucune raison d'être si comme nous le pensons, il y a en l'espèce gage conventionnel et non pas gage légal (V. infra p. 222).

La Cour de cassation a d'ailleurs décidé, à propos précisément d'un gage d'automobile mais constitué antérieurement au vote de la loi, qu'en principe le délit de détournement de gage existe, encore que le gage soit resté entre les

mains du débiteur, l'article 400 du Code pénal ne faisant pas de distinction à cet égard (Cass. crim., 2 février 1935, *Gaz. Trib.*, 3 avril 1935).

Le débiteur pourra-t-il revendre le véhicule? Cela semble résulter du fait qu'il en est devenu propriétaire; la constitution de gage au profit du vendeur ne peut pas faire obstacle à cette revente puisque ainsi que nous l'avons déjà noté, les sûretés réelles qu'il s'agisse du gage ou de l'hypothèque, n'enlèvent pas au débiteur le droit d'aliéner la chose donnée en garantie; nous avons d'ailleurs vu plus haut que ce droit est reconnu au débiteur dans le cas de warrant agricole, hôtelier ou pétrolier. Au reste, des termes de la circulaire du 18 février 1935, il résulte que « la déclaration de créance gagée ne fera pas obstacle au transfert de la carte grise ».

Nous avons vu que dans le cas du warrant agricole, le débiteur s'il a le droit de vendre n'a pas celui de livrer l'objet warranté à l'acquéreur tant que le créancier n'a pas été désintéressé; s'il passe outre il commet un détournement de gage et est responsable pénalement; en sera-t-il de même dans l'hypothèse du gage d'un véhicule automobile? Tout dépend à ce sujet de la solution que l'on donne à la question du droit de suite du créancier; si la livraison à l'acquéreur permet à celui-ci lorsqu'il est de bonne foi d'invoquer l'article 2279 à l'encontre du créancier gagiste, il ne faudra pas hésiter à dire que le débiteur n'aura pas le droit d'y procéder tant que le gage subsistera; si au contraire on admet que malgré la livraison à un nouvel acquéreur, le gagiste aura, un droit de suite sur le véhicule, la restriction apportée en cas de warrant agricole au droit de vente du débiteur n'aura plus de raison d'être.

En ce cas la livraison pas plus que la vente ne constituerait de la part du débiteur un détournement, et il faudrait supposer pour qu'il y ait détournement que par le fait du débiteur, le créancier se trouve en fait dans l'impossibilité matérielle de retrouver le véhicule et d'exercer ses droits, ce qui sera rare mais pourra pourtant se présenter.

En l'absence d'un texte, le débiteur ne pourra pas user de la faculté de remboursement anticipé qui lui est reconnue en cas de warrant agricole, si le créancier refuse d'accepter le paiement par exemple parce que des intérêts ont été sti-

pulés et qu'il entend en bénéficier jusqu'à l'échéance. Remarquons d'autre part qu'il est d'autant plus difficile d'étendre en la matière les dispositions prévues pour les warrants agricoles, hôteliers et pétroliers, qu'au cas où le vendeur à cédé sa créance postérieurement à l'inscription par lui prise aucune disposition n'oblige le cessionnaire à avertir la préfecture de la cession.

B. - *Droits et obligations du créancier.* -- I. Lecréancier a sur le véhicule un droit de gage; quelle est l'origine de ce droit? Ainsi que nous l'avons déjà indiqué, M. Capitant dans l'article précité considère qu'il dérive de la loi et de la loi seule: « Qu'est ce donc que ce droit de gage, dont il n'a été encore rien dit? En vérité c'est la loi elle-même qui le crée tacitement au profit du vendeur. Ainsi voilà une vente qui va engendrer un droit de gage et attribuer au vendeur le privilège du créancier gagiste. Le vendeur n'aura-t-il donc plus le privilège de l'article 2102, 4°? Donner à un vendeur le privilège du créancier gagiste à la place du sien propre, c'est une idée qui n'est pas banale » (Capitant, op. cit., D, H, 35, « Chronique », p. 12).

On peut douter que cette analyse soit exacte; sans doute rien ne s'oppose à ce que le législateur confère un droit de gage à un créancier qui tient son droit de créance d'un contrat tout différent et c'est bien ce qu'il fait lorsqu'il confère un privilège au bailleur, à l'aubergiste, au voiturier, (V. supra p. 57 et s) En l'espèce la loi a-t-elle conféré un droit de gage au vendeur en cette qualité? On peut en douter; la loi dit en effet que l'inscription « rappellera la constitution de gage dont le véhicule est l'objet »; c'est donc que le gage est constitué par les parties elles mêmes, l'acquéreur affectant dans le contrat de vente à crédit, le véhicule à la garantie de la créance du vendeur; les dispositions de la loi n'ont d'autre effet que de valider cette constitution malgré l'absence de dessaisissement du débiteur; la loi ne crée pas un droit de gage au profit du vendeur, mais permet aux parties de le créer. Elle ne lui enlève pas pour cela le privilège du vendeur dont d'ailleurs il se prévaudra rarement, ce privilège étant moins avantageux pour lui que le droit de gage qu'en pratique il se fera toujours consentir (V. sur la néces-

sité d'une constitution conventionnelle de gage. Trib. de comm. de Narbonne (référés) 31 juillet 1936, D, H., 36, p. 551).

II.- Le créancier ayant la qualité de gagiste aura sur le prix du véhicule le droit de préférence du créancier gagiste. A défaut de payement à l'échéance, il fera donc vendre le véhicule ainsi que le lui permet l'article 4 de la loi dans les formes prévues par l'article 93 du Code de commerce; il pourra donc huit jours après une signification faite au débiteur poursuivre la vente publique du véhicule. L'article 93 du Code de commerce ne subordonne cette vente à aucune autorisation préalable de justice; mais le créancier se heurte ici à une difficulté tenant à ce qu'il ne détient pas l'objet donné en gage; il devra donc faire saisir le véhicule; mais il est douteux qu'en l'absence d'une disposition légale expresse, cette saisie puisse être effectuée sans un titre exécutoire c'est-à-dire sans une décision de justice; le créancier sera donc amené vraisemblablement à solliciter du président du Tribunal de commerce l'ordonnance que l'article 93 du Code de commerce ne prévoit que pour le cas où la vente doit être effectuée par un officier public autre qu'un courtier; l'ordonnance prescrira la saisie et indiquera l'officier public (courtier ou commissaire priseur) qui devra procéder à la vente.

La loi ne contient aucune disposition sur le rang du droit de préférence résultant pour le créancier du gage qui lui est conféré; on sera amené sans doute dans la pratique à lui conférer à ce sujet les prérogatives qui découlent pour le créancier gagiste de son privilège. Cependant il faut remarquer qu'au cours des travaux préparatoires, le rapporteur du Sénat a très nettement opposé les idées de gage et de privilège (V. Capitant, article cité, p. 12, note 2) et que le terme de privilège ne se trouve pas une seule fois dans la loi, à l'encontre de ce qui a lieu par exemple pour les warrants agricoles; il nous paraît cependant difficile d'en conclure que le législateur a voulu par là refuser au créancier le bénéfice du privilège établi par l'article 2102, 2° au profit de tout créancier gagiste.

Le droit de préférence du créancier s'exerce en cas de perte ou destruction du véhicule sur l'indemnité d'assurance

si le véhicule est assuré (art. 37 de la loi du 13 juillet 1930 reproduisant l'ancien article 2 de la loi du 19 février 1889).

III.- A côté de son droit de préférence le créancier a-t-il un droit de suite? Nous avons vu que le débiteur avait le droit de revendre le véhicule; dans quelle mesure le créancier pourra-t-il invoquer son droit de gage à l'encontre du nouveau propriétaire du véhicule? Si celui-ci bien que vendu n'est pas encore livré au nouvel acquéreur au moment où le créancier réalise le gage, il ne semble pas y avoir de difficulté à admettre qu'il pourra procéder à cette réalisation et obtenir son payement par préférence sur le prix ; l'acquéreur se trouvera dans la même situation que s'il avait acheté un meuble donné en gage et détenu par le créancier ou mieux que s'il avait acquis des produits agricoles warrantés en les laissant entre les mains du débiteur qui a constitué le warrant; ayant cause à titre particulier du débiteur, il devra supporter l'exercice sur la chose acquise par lui des droits réels antérieurement constitués sur cette chose et dont la constitution est devenue opposable aux tiers soit par la dépossession soit par la publicité légale.

Mais au cas où le véhicule aurait été livré au nouvel acquéteur, celui-ci pourra-t-il prétendre ignorer le droit du gagiste et invoquer à son encontre l'article 2279 pour s'opposer à ce qu'il saisisse le véhicule entre ses mains? Remarquons tout d'abord que la loi ne contient aucune disposition à ce sujet et qu'elle n'oblige pas notamment le nouvel acquéreur à « purger », c'est-à-dire à faire offre au créancier gagiste du prix d'acquisition à concurrence de sa créance, préalablement soit à la revente soit à la livraison soit au paiement du prix et qu'on peut se demander si au cas où en pratique il croirait devoir faire ces offres, il pourrait si pour une raison ou pour une autre le créancier les refusait, obtenir judiciairement main-levée du gage contre consignation de la somme due. M. Capitant dans l'article précité (p. 13) paraît admettre l'existence du droit de suite, tout en le déplorant en ces termes : (« Le créancier) aura-t-il le droit de saisir la voiture entre les mains d'un acquéreur de bonne foi? Ce serait le renversement de la règle traditionnelle qui protège les acquéreurs de meubles : en fait de meubles, possession vaut titre (art. 2279 C. civ.). En matière d'automobiles cette règle ne

s'appliquerait plus et il faudrait dire dorénavant : « En fait d'automobiles, possession ne vaut pas titre ». Or il semble bien que ce soit la conséquence de la loi nouvelle, quoiquelle ne le dise pas. Du moment que le vendeur à crédit est « réputé avoir conservé la marchandise en sa possession » il peut opposer son droit de gage non seulement aux créanciers de son débiteur mais à tout nouveau propriétaire de l'automobile. Autant dire alors qu'on n'osera plus acheter une automobile d'occasion, car on courra le risque de voir le vendeur à crédit invoquer son droit de gage ».

M. Lameignère admet aussi l'existence du droit de suite et déclare que « le sous-acquéreur risquera indubitablement de voir l'automobile saisie entre ses mains si les payements dus par son vendeur ne sont pas exactement réglés au vendeur originaire ». (op. cit., p. 46) et essaye de concilier l'existence de ce droit avec les dispositions de l'article 2279, : « Le gage est publié de telle sorte que le sous-acquéreur ne peut exciper de son ignorance; il ne saurait donc être « de bonne foi » à l'encontre du gagiste dans les termes de l'article 2279 du Code civil » (op. cit., nº 13, p. 60).

Remarquons que cette déduction va à l'encontre de ce qui est décidé par la loi et la Jurisprudence tant en matière de warrants agricoles hôteliers et pétroliers qu'à propos de l'aliénation des objets corporels compris dans un fonds de commerce nanti; on admet en ce cas que la publicité organisée par la loi ne crée pas à l'encontre de l'acquéreur une présomption de mauvaise foi; d'une façon générale, il ne suffit pas pour que l'acquéreur ne puisse se prévaloir de l'article 2279 qu'il ait pu connaître l'existence du droit du véritable propriétaire ou du gagiste, il faut encore qu'en fait il l'ait connue car la mauvaise foi ne se présume pas; si donc le vendeur n'a pas lui même fait connaître le gage et si l'acquéreur a omis de se renseigner à la préfecture, cette négligence ne devrait pas pouvoir l'empêcher d'invoquer sa bonne foi ; il en serait autrement si le législateur avait prévu que le gage serait mentionné sur la carte grise; celle-ci devant être délivrée à l'acquéreur, celui-ci eût été sans contestation possible informé de l'existence du gage et n'aurait pu dès lors se prévaloir de sa bonne foi; mais nous savons que la loi a écarté cette solution.

Faut-il donc dire que le créancier sera désarmé s'il ne peut prouver que l'acquéreur connaissait réellement l'existence du gage au moment de l'acquisition ou tout au moins de la prise de possession? Non à notre avis; mais il n'y a pas besoin pour cela de supposer une présomption de mauvaise foi contraire à tous les principes de notre droit ni d'imputer l'existence de ce droit de suite à une fantaisie législative anormale et dangereuse comme semble le faire Capitant.

Nous savons en effet qu'aux termes de l'article 2, alinéa 3, le créancier gagiste a la possession du véhicule par l'intermédiaire du reçu délivré par la préfecture et qui représente entre ses mains l'objet du gage; il suffit donc d'appliquer les principes admis par la Jurisprudence en matière de crédit documentaire en cas de délivrance des marchandises au porteur d'un connaissement dont l'endossement est second en date; nous savons qu'en pareil cas le porteur du connaissement endossé le premier est réputé seul possesseur des marchandises et que celui qui en a obtenu la délivrance matérielle ne peut lui opposer sa bonne foi car il n'est considéré que comme détenteur précaire.

En l'espèce la loi ayant attaché la possession à titre de gage à la détention du reçu le créancier gagiste tant qu'il conserve le dit titre qui représente le véhicule, ne peut être privé de cette possession; les tiers qui auront la détention matérielle du véhicule ne pourront donc jamais être considérés comme en ayant la possession complète; le débiteur détenant le gage pour le compte du créancier, les tiers auxquels il transmettra à la fois le droit de propriété démembré qu'il a conservé sur le véhicule et la détention matérielle de celui-ci, se trouveront à cet égard dans la même situation. En d'autres termes la loi qui détermine les conditons que doit remplir une possession pour produire des effets juridiques, subordonne en ce cas la validité de la possession des tiers à la non existence de la possession résultant pour le créancier de la détention du titre.

Remarquons d'ailleurs qu'en fait, cette situation offre moins d'inconvénients qu'en matière de crédit documentaire à raison de la publicité organisée; ici les observations de M. Lameignère conservent leur valeur et il est certain que l'acquéreur aura toujours la faculté de se prémunir contre le

risque de voir un créancier se prévaloir contre lui de la possession légale qui lui est reconnue par l'article 2; il lui suffira pour cela de demander à la dernière préfecture où le véhicule a été immatriculé s'il y a eu ou non une constitution de gage en ce qui le concerne.

L'existence d'un droit de suite est d'ailleurs implicitement reconnue par la circulaire précitée du 18 février 1935; aux termes de celle-ci, en effet, toutes les fois qu'un véhicule vendu à crédit fait l'objet d'un nouveau transfert de propriété déclaré à une préfecture, la mention « véhicule constitué en gage » doit par les soins des services administratifs être portée dans la case du registre d'immatriculation concernant le nouveau propriétaire; on reconnaît donc que le droit du gagiste subsiste malgré le transfert de propriété.

En fait, pour éviter les poursuites du créancier. les sous-acquéreurs ou bien prendront soin d'offrir au créancier gagiste le solde qui lui est dû avant de régler leur propre vendeur ou bien s'engageront dans l'acte de vente à s'acquitter aux lieu et place du dit vendeur des pactes restant dus, ces sommes venant en déduction de leur prix.

M. Lameignère admet encore que pour éviter toute difficulté, le créancier gagiste pourra dans le contrat même interdire à l'acquéreur de revendre avant complet payement sous peine de voir le solde dû devenir en totalité exigible. Cette clause d'inaliénabilité étant temporaire ne serait pas contraire au principe de la libre circulation des biens qui n'interdit ainsi qu'on le sait que les clauses d'inaliénabilité absolue (Lameignère, op. cit., p. 47).

IV.- Les parties ne peuvent convenir au moment du contrat que le véhicule en cas de non payement deviendra la propriété du créancier; nous savons en effet que le pacte commissoire est interdit de façon générale en matière de gage et cette interdiction est rappelée par l'article 93 du Code de commerce auquel renvoie l'article 3 de notre loi. Notons à ce sujet que la proposition votée d'abord par la Chambre et qui ainsi que nous l'avons déjà dit, créait au profit du vendeur un privilège mobilier spécial, lui donnait la faculté « s'il le désirait, et de préférence à toute vente judiciaire, de reprendre le véhicule, en toute propriété sous réserve de tenir compte à son débiteur... de la valeur du véhicule ou du tracteur au

jour de la reprise fixée à dire d'experts... ». Cette disposition a disparu dans le texte définitif; il est certain qu'elle était ditficilement conciliable avec les principes du gage; il faut d'ailleurs ajouter qu'elle l'était également assez peu avec ceux du privilège qu'il s'agisse du privilège du vendeur ou d'un privilège distinct, puisque le privilège est essentiellement une préférence sur un prix de vente, préférence conférée au créancier d'une somme d'argent; il fallait sans doute voir dans cette disposition une réminiscence des clauses qui avant la loi conservaient la propriété du véhicule au vendeur jusqu'au complet payement du prix.

Mais ici, comme en matière de gage ordinaire, la prohibition du pacte commissoire ne s'applique qu'aux clauses contenues dans le contrat lui-même, alors que le débiteur subit en quelque sorte la loi d'un créancier, et non aux conventions conclues postérieurement, notamment au moment de la réalisation du gage (V. sur ce point, Lameignère, op. cit., p. 45 et note 11).

V.- Quelles sont les obligations du créancier ? N'ayant pas la détention du gage, il ne saurait évidemment encourir aucune responsabilité de ce chef; mais ainsi que nous l'avons déjà dit, c'est à lui qu'incombe le soin de prendre l'inscription et de la faire radier après payement. L'obligation de faire procéder à la radiation sous sa responsabilité correspond, nous semble-t-il, à l'obligation de restituer l'objet du gage dans le gage ordinaire.

On a soutenu qu'il ne pourrait découler de la loi « aucune responsabilité pour les préfectures » (V. le rapport Violette au Sénat, *J.O.*, Sénat, Doc., Annexe n° 628) et on en a déduit que le créancier serait dans tous les cas responsable des fautes de l'administration (V. Capitant, article cité, p. 14).

M. Lameignère (op. cit., p. 37 et note 8) nous paraît restreindre dans des limites plus raisonnables la responsabilité du créancier; le créancier est responsable « de l'insuffisance ou de l'irrégularité de la déclaration qu'il n'aurait pas contrôlée » (art. 2, al. 4), de la non conformité du reçu à lui délivré à la déclaration, enfin du fait qu'il a négligé de demander la radiation, mais non du mauvais fonctionnement intérieur ou du défaut de coordination des services adminis-

tratifs car il s'agit là de faits qui échappent au contrôle du créancier gagiste.

§ 4. *Nature juridique du gage du vendeur. - Appréciation critique de la loi.* — La date récente de la loi, son laconisme, la rareté des commentaires doctrinaux et la quasi-absence à l'heure actuelle de solutions jurisprudentielles rendent difficile actuellement la détermination de la nature juridique du droit créé en faveur du vendeur à crédit ou des personnes qui lui sont substituées.

Il est vraisemblable que nous retrouverons en cette matière les divergences d'opinions que nous avons déjà signalées à propos tant du nantissement des fonds de commerce que des warrants agricoles.

Il est vraisemblable que les auteurs qui voient dans tous les gages sans dessaisissement créés par le droit moderne, des hypothèques mobilières, appliqueront cette conception au gage créé par la loi du 29 décembre 1934. Cela semble d'ailleurs être l'opinion de M. Marcel Lameignère qui déclare qu'on ne peut se référer à la notion de gage classique puisqu'« il s'agit en l'occurence d'un nantissement sans dépossession du débiteur et soumis à publicité »; cet auteur pense que « l'on sera amené à donner à ce « gage » en doctrine le caractère de véritable hypothèque mobilière que l'on a reconnu au nantissement sur les fonds de commerce et sous cet angle, dit-il, les questions douteuses s'éclaireront » (op. cit., note 13, p. 61).

Remarquons en passant que pour être logique, cet auteur devrait repousser en notre matière l'application de l'article 400 du Code pénal relatif au détournement de gage, pourtant admise par lui (op. cit., p. 49, et note 15).

Cependant il est certain que la loi ne se réfère pas à la notion d'hypothèque mais à celle de gage; il n'est pas juqu'à l'expression de « gage sans dépossession » dont on ne puisse contester l'exactitude, puisque précisément il résulte de la loi que le créancier a la « possession » du véhicule par la remise qui lui est faite par la préfecture du reçu de sa déclaration. La théorie de l'hypothèque mobilière a l'inconvénient de ne tenir aucun compte de la notion de titre représentatif de la chose dont nous avons déjà montré toute l'importance.

De plus il n'est pas douteux que si la loi avait entendu assimiler le droit du vendeur à une hypothèque elle n'eût pas manqué de prévoir le cas de revente du véhicule et de régler les formalités de la « purge » par le nouvel acquéreur, comme elle l'a fait pour le nantissement des fonds de commerce.

Nous avons déjà vu qu'une partie de la Doctrine et la Jurisprudence appliquent aux warrants agricoles et même dans une certaine mesure au nantissement des fonds de commerce les règles du gage et non celles de l'hypothèque. Il est infiniment probable qu'il en sera de même pour la nouvelle institution.

Nous aurons à voir dans notre seconde partie s'il est ou non possible de faire rentrer dans la notion générale de gage, les gages sans dessaisissement ou s'il faut s'obstiner à ne pas tenir compte des termes législatifs et à les faire rentrer dans les cadres de l'hypothèque.

La loi du 29 décembre 1934 a donné lieu à de violentes critiques; c'est ainsi que M. Capitant (op. cit., p. 15) n'hésite pas à déclarer « Cette loi ne peut produire que de mauvais résultats. Elle risque d'entraver le commerce des véhicules usagés, d'empêcher les prêts sur automobiles que pratiquent actuellement les grands établissements de crédit municipal. En revanche, elle ne donnera aucune garantie efficace au vendeur contre l'acheteur qui voudra se soustraire à ses engagements, car il aura grand peine à mettre la main sur le véhicule qu'il a vendu. Enfin la publicité qu'elle a organisée en faveur des tiers intéressés s'avère dès à présent inefficace. Que de procès en perspective ! ».

La pratique ne justifiera peut-être pas pleinement ces craintes et il est certain que la circulaire du 18 février 1935 a grandement facilité l'application de la loi (V. Lameignère, op. cit., note 9, p. 58).

Néanmoins il est certain que la loi est insuffisante et qu'elle devra tôt ou tard être complétée; peut-être même sera-t-on amené à généraliser le système qu'elle établit et à permettre la mise en gage des automobiles sans dessaisissement du débiteur pour des créances ayant une autre cause que la vente à crédit; sans doute le gage des automobiles avec déplacement est concevable et a même été pratiqué par les crédits municipaux des grandes villes (V. Capitant, op.

cit., p. 13); il n'en est pas moins vrai que le plus souvent il offre l'inconvénient de priver le débiteur de l'usage d'un véhicule qui peut être un instrument de travail; il serait sans doute possible d'organiser sur le type des warrants agricoles, un gage sans déplacement des automobiles sur la base de la publicité organisée par la nouvelle loi accompagnée de la détention par le créancier d'un titre qui serait un véritable warrant automobile et dont l'existence serait mentionnée sur la carte grise

La nouvelle loi devrait également réglementer les conditions de la revente du véhicule par le débiteur et fixer de façon précise les droits et obligations de celui-ci; elle devrait également comme en matière de warrants agricoles lui permettre de libérer à tout instant le véhicule du droit qui le grève par un remboursement anticipé de la dette.

Il ne faut pas oublier que le nantissement des fonds de commerce, les warrants agricoles et hôteliers ont nécessité plusieurs remaniements législatifs avant d'atteindre leur forme actuelle; il en sera sans doute de même du gage en matière d'automobiles; cela tient sans doute à ce que la Doctrine et la Jurisprudence n'ont pas encore déterminé de façon précise la notion du gage mobilier sans dessaisissement et que celle-ci, apparue récemment dans notre droit, n'a pas encore reçu sa forme définitive, notamment à raison des controverses qu'elle continue à susciter. Nous nous efforcerons de voir dans notre seconde partie s'il n'est pas possible de préciser cette notion et de systématiser en quelque sorte les applications fragmentaires qui en ont été faites par les lois que nous venons d'étudier.

Avec ce chapitre se trouve terminée l'étude descriptive des différentes applications de la notion de gage en droit privé français qui faisait l'objet de notre première partie; cette étude eût pu être plus complète et nous avons dû laisser dans l'ombre de nombreux détails; nous nous sommes cependant efforcés de présenter aussi exactement que possible l'essentiel des dispositions légales et des solutions jurisprudentielles concernant la matière, ainsi que les divergences d'opinions doctrinales ayant trait à telle ou telle application particulière de cette notion; il nous faut maintenant essayer de voir s'il est possible de dégager une théorie

générale du gage et dans l'affirmative quels seront les caractères distinctifs de cette sûreté, les notions juridiques qu'elle met en jeu et sa place dans l'ensemble du droit du crédit. A première vue et devant la diversité apparente des institutions auxquelles la loi applique le terme commun de gage ou de nantissement mobilier, on serait tenté de considérer cette tâche comme extrêmement difficile, pour ne pas dire impossible et de souscrire à l'affirmation pessimiste d'un auteur : « Le mot de gage est un; mais les opérations qu'on range sous ce vocable sont nombreuses et ce qui est plus grave, il n'y a pas de système juridique qui puisse surgir derrière ce nouveau « sésame ». Les dispositions légales fourmillent; elles entrent dans des détails infinis, mais elles sont contradictoires ». (André Faillé, *Du crédit documentaire dans l'économie moderne*, Thèse, Paris, 1922, p. 15).

Un tel scepticisme est bien dans la note de la doctrine moderne qui par méfiance de certains abus du conceptualisme juridique, répugne aux affirmations et aux théories générales.

Il nous paraît cependant impossible d'y souscrire et de condamner ainsi tout effort de construction et de systématisation juridique. La science juridique pas plus que toute autre science ne peut se passer des concepts; l'essentiel est que ces concepts se modèlent sur la réalité et ne s'efforcent pas de faire entrer de force les faits dans des cadres théoriques et artificiels.

En l'espèce avant de conclure à l'impossibilité de formuler une théorie générale du gage, il nous faut au moins nous efforcer d'y parvenir; c'est à ces efforts dont nous ne méconnaissons pas la difficulté que sera consacrée la seconde partie de cette étude.

DEUXIÈME PARTIE

Essai de Synthèse

Ainsi qu'on a déjà pu s'en rendre compte, la notion de gage est extrêmement complexe. Le contrat de gage suppose outre l'accord des volontés, la mise en possession du créancier et engendre au profit de celui-ci un droit de rétention, un droit réel et d'après la loi un privilège; il lui impose certaines obligations; le débiteur de son côté peut être tenu éventuellement de certaines obligations envers le créancier gagiste; toutes ces situations juridiques peuvent d'ailleurs se présenter en dehors de l'existence d'un contrat exprès en vertu d'une disposition de la loi (gage tacite); enfin l'affectation qui résulte au profit du créancier, du contrat de gage ou du gage tacite si elle ne peut avoir pour objet qu'un bien mobilier, peut par contre porter non seulement sur un bien corporel mais encore sur des biens incorporels ce qui pose la question de savoir si ceux-ci sont susceptibles de faire l'objet d'une possession, d'un droit de rétention, d'un droit réel, d'un privilège. En définitive la notion de gage met en jeu un certain nombre de notions plus générales dont les unes telles celles de sûreté réelle; de droit de rétention et de privilège, ressortissent au Droit du crédit, dont d'autres telles que celles de la source des droits et obligations du créancier ou du débiteur, de possession, de droit réel, de bien incorporel débordent même ce cadre et ressortissent soit du Droit des obligations et des contrats soit du Droit civil général.

Les différents rapports de droit qu'engendre la constitution de gage ou le gage tacite n'ont entre eux d'autre lien

que de concourir à la réalisation d'un but commun qui est d'affecter un bien d'une nature déterminée d'une manière directe et immédiate à la sûreté d'une créance. Cette affectation qui se traduit juridiquement par les droits accordés au créancier sur le bien donné en gage ou sur sa valeur (rétention droit réel, privilège) constitue le but même de l'institution.

Dans la doctrine classique cette affectation résulte d'un accord de volontés exprès ou sous-entendu entre le créancier et le débiteur (ou le tiers donneur de gage); mais pour être pleinement efficace soit à l'égard des tiers soit même dans une certaine mesure entre parties, cet accord doit être accompagné de la mise en possession du créancier.

Le droit de gage et les différentes situations qui gravitent autour de lui seraient donc en définitive la conséquence du contrat de gage et de la mise en possession du créancier.

Avant d'examiner la nature juridique et les caractères des droits et obligations du créancier gagiste ou du débiteur, il nous faudra donc examiner dans deux premiers chapitres le rôle et les caractères tant du contrat de gage que de la mise en possession du créancier gagiste.

Nous examinerons ensuite successivement le droit de rétention, le droit réel et le privilège reconnus au créancier, les obligations de celui-ci et les obligations éventuelles du débiteur, pour en déterminer les caractères, les origines et les effets.

Cela nous permettra de déterminer de façon précise les éléments de la notion de gage et son domaine d'application; il nous sera alors possible de situer cette notion et d'en déterminer la place dans l'ensemble du Droit du crédit.

CHAPITRE PREMIER

Contrat de gage et droit de gage

Nous étudierons dans ce chapitre les rapports existant entre les notions de droit de gage et de contrat de gage d'après la doctrine classique et les critiques que l'on peut faire à cette doctrine; cette étude nous amènera à examiner attentivement ce que les auteurs appellent les cas de gage tacite, et à proposer en ce qui concerne la formation du droit de gage une solution qui englobe à la fois le gage conventionnel et le gage tacite.

Quant au rôle que l'on peut attribuer au contrat de gage dans la naissance du droit de rétention et du privilège du créancier gagiste, en tant qu'ils sont distincts de son droit réel, ainsi que des obligations qui lui incombent et des obligations éventuelles du débiteur nous l'examinerons ultérieurement à propos de chacune de ces notions.

Section Première

Contrat de gage et droit de gage dans la doctrine classique.

Une simple phrase peut résumer la doctrine non seulement des auteurs de l'Ecole de l'Exégèse mais encore de la plupart des auteurs de l'école dite scientifique sur les rapports existant entre les notions de contrat de gage et de droit de gage. Le droit de gage est considéré comme un effet du contrat de gage et celui-ci comme la source créatrice de ce droit.

Cette conception s'inspire d'ailleurs des termes du Code civil; après avoir défini le contrat de gage dans les articles 2071 et 2072, les rédacteurs du Code ajoutent dans l'article 2073 : « *Le gage confère* au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet par privilège et préférence aux autres créanciers ».

Cette conception est exprimée très nettement par de nombreux auteurs.

Baudry-Lacantinerie et De Loynes (I, n° 92, p. 64) écrivaient : « *Par l'effet du contrat*, le créancier acquiert sur la chose un droit réel » et rangeaient le privilège du gagiste et son droit de rétention parmi les effets du contrat.

Pour Laurent (XXVIII, p. 485) « à la différence des autres privilèges, celui du créancier gagiste *procède* de la convention, donc de la *volonté* des parties contractantes » (V. aussi Thézard, *Du nantissement, des privilèges et des hypothèques*, n° 268, pp. 366 et 367).

Planiol et Ripert ne s'expriment pas autrement : « Le gage est un contrat tout à la fois productif d'obligations et *créateur* d'un droit réel » (*Traité élémentaire*, II, n° 2388, p. 789). Plus loin, ces auteurs nous disent que le droit réel de gage a toujours pour origine une convention *expresse* ou *sous-entendue* (op. cit., n° 2425, p. 799). Cependant, comme nous le verrons plus loin dans le tome XII de leur grand traité rédigé avec la collaboration de M. Becqué et consacré aux sûretés réelles, MM. Planiol et Ripert semblent adopter une conception légèrement différente.

Cette conception repose toute entière sur la théorie dite de l'autonomie de la volonté qui attribue à la volonté individuelle le pouvoir de créer des situations juridiques, pouvoir qui dans la logique de cette théorie serait antérieur et même supérieur à la loi, puisque la loi sociale elle-même aurait d'après cette théorie dérivée du « Contrat social » une origine contractuelle : « Le contrat oblige tout simplement parce qu'il est le contrat, c'est-à-dire l'accord libre de deux volontés *naturellement créatrices de droit*, la manifestation la plus haute et la plus réfléchie de l'autonomie initiale du pouvoir individuel » (Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, p. 129).

A vrai dire cette théorie qui avait déjà des racines dans notre ancien droit et dont on peut faire remonter les origines jusqu'à Dumoulin qui l'avait dégagée à l'occasion du régime matrimonial (V. sur ce point la thèse de M. J. Carbonnier, *Le régime matrimonial*, Bordeaux. 1932, p. 499 et s.) n'a été nettement formulée par la doctrine classique qu'à propos de la source des obligations et particulièrement du contrat. Mais en réalité elle s'applique à la naissance de tous les droits patrimoniaux, étant donné que le Droit français en admettant le transfert de la propriété par simple consentement (art. 1338 du Code civ.) a supprimé la distinction romaine des modes d'acquérir et des modes de s'obliger.

Il n'en est pas moins vrai qu'à la suite du Code civil, les auteurs de l'Ecole de l'Exégèse, fidèles à leur méthode et à leur doctrine n'ont édifié l'ébauche d'une théorie générale de la naissance des situations juridiques qu'à propos de la source des obligations, cmme ils n'ont traité sauf exceptions, de l'acte juridique qu'à propos du contrat.

On connaît cette théorie des sources des obligations qui a son origine dans les compilations de Justinien; il y aurait cinq sources d'obligations : le contrat, le quasi-contrat, le délit, le quasi-délit et la loi. On sait aussi que certains auteurs de l'école scientifique ont à la suite de Planiol simplifié cette théorie en ramenant les sources des obligations autres que le contrat ou mieux l'acte juridique à une seule : la loi. Il n'y a d'après Planiol, que deux sources des obligations et ce n'est pas, croyons-nous, trahir sa pensée que de traduire deux sources des situations juridiques : l'acte juridique émanant de la volonté des parties intéressées et la loi, émanant de la volonté du législateur.

Que l'on adopte l'une ou l'autre de ces théories, la conséquence est la même en ce qui concerne la relation existant entre les notions de contrat de gage et de droit de gage : le droit de gage est un effet de droit créé par les volontés concordantes et concourantes du créancier gagiste et du débiteur ou du tiers donneur de gage.

Une conséquence de cette conception est l'importance prédominante prise par le contrat de gage dans l'étude de la notion de gage. C'est cette prédominance qui explique

à la fois la place où est traitée d'ordinaire la notion de gage dans les ouvrages généraux de droit civil, à la suite des contrats spéciaux et le rapprochement que l'on fait à la suite du Code, (art. 2071 et 2072 C. civ.) des notions de gage et d'antichrèse considérées comme des variétés d'une notion commune, le nantissement; car il n'est pas contestable comme nous le verrons ultérieurement, qu'*en tant que contrats*, le gage et l'antichrèse présentent de nombreux traits communs, alors qu'au contraire les *droits* de gage et d'antichrèse sont par leur nature et leur contenu très différents l'un de l'autre.

Avant de passer à l'examen critique de la doctrine classique des rapports du droit de gage et du contrat de gage, il nous faut examiner l'explication qu'elle donne des cas dits de gage tacite. Cette explication ne se rattache sans doute pas directement et logiquement à la théorie de l'effet créateur de droit de la volonté des parties dans le contrat de gage; elle n'en est pas moins au même titre qu'elle, une manifestation de cette tendance, poussée à l'extrême par le philosophe Fouillée dont on connaît l'affirmation « Qui dit : contractuel, dit : juste », de bâtir tout le droit autant que possible sur la base contractuelle.

Section II.

Gage tacite ou gage légal?

§ 1. *La notion de gage tacite en Doctrine.* — Nous avons vu plus haut que la loi accorde un privilège à certains créanciers qui se trouvent en possession d'une chose mobilière appartenant à leur débiteur sans qu'il y ait eu entre les parties de convention expresse de gage. Nous avons déjà indiqué que la doctrine admet en général que ces privilèges sont fondés sur une idée de gage tacite et nous en avons donné l'énumération.

Il nous faut maintenant examiner d'un peu plus près quelle est la source véritable de ces droits ainsi assimilés à des droits de gage.

A première vue, il ne semble pas en l'absence de convention expresse, que ces droits puissent avoir leur source dans la volonté des parties créatrice d'effets de droit.

Mais la doctrine classique a recours aux notions de volonté tacite ou sous-entendue et de contrat tacite qu'elle applique d'ailleurs dans d'autres domaines (V. sur la théorie du contrat de mariage tacite à propos de l'explication de la communauté légale, J. Carbonnier, *Le régime matrimonial*, thèse citée, p. 510 et s.).

La conception du gage tacite est très nettement exprimée par Baudry-Lacantinerie et De Loynes (*Du nantissement, des privilèges et des hypothèques*, I, § 354) pour le privilège du bailleur d'immeubles sur les meubles garnissant la maison louée : « Ce privilège a pour fondement une *constitution tacite de gage*. On peut facilement *supposer* en effet entre le bailleur et le preneur l'existence d'une *convention tacite*, par suite de laquelle le mobilier mis par le preneur dans la maison louée ou dans la ferme a été affecté à titre de gage au bailleur pour garantir le payement des loyers ou des fermages ».

La même explication est donnée par ces auteurs à propos du privilège de l'aubergiste. « Ce privilège, écrivent-ils, (op. cit., § 540), est fondé sur une constitution tacite de gage. L'aubergiste étant obligé par sa profession de recevoir chez lui des personnes qu'il ne connaît pas, et dont il ne peut apprécier la solvabilité que d'après l'importance de leurs bagages, *la loi suppose* qu'il intervient entre lui et chaque voyageur *une convention tacite* aux termes de laquelle les effets transportés dans l'hôtellerie seront spécialement affectés à titre de gage à la garantie de l'aubergiste pour le payement des fournitures faites au voyageur pendant son séjour. » Il est vrai que les auteurs ajoutent que cette idée n'est peut-être pas la seule qui soit à la base de ce privilège et après avoir fait découler ce droit de la volonté présumée des parties, ils sont amenés à y voir une concession du législateur inspirée par des motifs d'intérêt général : « Ce privilège, disent-ils facilite l'exercice de la profession d'aubergiste qui autrement deviendrait fort périlleuse. L'intérêt public qui exige que cette profession ne soit pas désertée, a pu entrer aussi pour quelque chose dans la *concession* de ce privilège ».

Les mêmes auteurs voient un droit de gage tacite dans le privilège du voiturier (op. cit., § 555).

Ces passages suffisent à préciser l'idée que contient l'expression de gage tacite; c'est celle d'une volonté des parties non exprimée mais sous entendue par le législateur et créant le droit de gage.

Des développements identiques sur la notion de gage tacite se retrouvent chez tous les auteurs de l'Ecole de l'Exégèse.

Signalons à ce propos que si le terme de gage tacite ne se trouve pas dans le Code lui-même, on le trouve dans les travaux préparatoires. Grenier, dans son discours au Tribunat (Fenet, XV, p. 492, Locré, XVI, p. 383 et 384) dit en effet que tous les privilèges de l'article 2102 ont pour cause soit une constitution expresse ou tacite de gage soit cette circonstance que le créancier auquel le privilège est accordé a mis ou conservé le bien grevé du privilège dans le patrimoine du débiteur. L'allusion à la « constitution tacite de gage » devait être particulièrement décisive auprès des auteurs exégètes dont l'un des procédés favoris était de rechercher dans les travaux préparatoires l'intention du législateur. La conception du gage tacite était d'ailleurs courante dans notre ancien droit qui expliquait par là, non seulement le privilège du bailleur qui ainsi que nous l'avons indiqué remontait au droit romain et avait eu à l'origine pour base une convention expresse de gage, mais encore les privilèges d'origine coutumière de l'aubergiste et du voiturier. Remarquons d'ailleurs au sujet des travaux préparatoires que tout en se référant très visiblement à l'idée de gage tacite, Grenier qualifie par ailleurs ce gage de « gage *légal* que le créancier tient de la *volonté des parties contractantes* ». (Locré, III, p. 258) en sorte que ses expressions pourraient également être invoquées par les auteurs qui attribuent au gage tacite une origine légale. Quoi qu'il en soit, sur le point précis qui nous occupe, les auteurs de l'Ecole scientifique semblent en général avoir suivi leurs prédécesseurs.

Planiol et Ripert (*Traité élémentaire*, II, n° 2425 et 2426) tout en réduisant à l'extrême le nombre des cas de gage tacite, en donnent la même explication que les auteurs classiques : « En principe, le nantissement suppose une *convention expresse* par laquelle certains biens ou valeurs sont affec-

tés à la garantie du créancier ; quelquefois cependant cette convention est *sous-entendue* parce qu'elle résulte d'un usage tellement général que les parties n'ont pas besoin d'exprimer spécialement leurs intentions. On a alors ce qu'on appelle le *gage tacite* qui existe en vertu d'une *convention présumée* ».

La plupart des autres auteurs admettent aussi cette conception; à vrai dire certains d'entre eux font des réserves; pour Colin et Capitant (II, p. 885), l'explication de certains privilèges par une constitution de gage tacite est une explication purement doctrinale; pour Beudant (I, 375), c'est une fiction (V. aussi Maynau, *Les fictions de contrat dans le Code civil et depuis le Code*, 1924, p. 252, 253).

Cependant aucun auteur n'avait nettement répudié la théorie du gage tacite pour lui en substituer une autre avant M. Becqué; celui-ci dans le tome XII consacré aux sûretés réelles du Grand *Traité de Droit civil* publié sous la direction de Planiol et Ripert a rejeté nettement la conception du contrat de gage tacite; pour lui, les privilèges que l'on fonde ordinairement sur un nantissement tacite résultent non d'un contrat préalable exprès ou tacite entre créancier et débiteur mais directement de la loi : « il s'agit bien plutôt, écrit-il, à propos du gage du bailleur d'une *affectation légale* que d'une affectation résultant du consentement préalable du propriétaire de la chose grevée ». (Becqué, op. cit., p. 141, note 1) . Ces droits seraient donc d'après cet auteur des droits de gage légaux comme il y a des hypothèques légales et il range dans cette catégorie, les privilèges du bailleur, du voiturier, de l'aubergiste, des créanciers pour faits de charge, du commissionnaire, etc...

Remarquons que cette conception s'harmonise très bien avec la théorie des sources des obligations et en général des situations juridiques soutenue par Planiol que nous avons rappelée plus haut et qui limite au contrat et à la loi le nombre de ces sources.

La conception de M. Becqué ne porte en rien atteinte à la théorie de l'autonomie de la volonté puisqu'elle suppose toujours que le droit de gage procède d'une volonté : volonté spéciale des parties pour le gage conventionnel; volonté générale du législateur pour le gage légal. Que l'on adopte la théorie classique ou celle de M. Becqué, en se trouve tou-

jours en présence de ce postulat : dans le gage conventionnel, c'est l'accord de volonté des parties qui crée le droit de gage.

Avant de rechercher si la proposition ainsi affirmée correspond à la réalité, il nous faut rechercher quelle a été l'attitude de la Jurisprudence en face de la notion de gage tacite et l'influence qu'ont eue sur elle les conceptions doctrinales que nous venons d'exposer.

§ 2. *La notion de gage tacite devant la Jurisprudence.* — La Jurisprudence admet sans difficulté que les privilèges qui d'après la doctrine reposent sur une idée de gage tacite sont de véritables droits de gage et leur applique les principes généraux du gage. Nous avons eu l'occasion de signaler diverses applications de ces principes au sujet tant du privilège du bailleur que de celui du commissionnaire (V. plus haut, p. 65-66 et p. 81).

Mais aucune des solutions ainsi admises ne se réfère à l'idée que ces droits de gage dériveraient d'une volonté présumée ou sous-entendue des parties; il est même à remarquer que la Jurisprudence emploie rarement les termes de gage ou de nantissement tacite.

Par contre on peut signaler certaines solutions consacrées par elle et qui contredisent plus ou moins l'idée d'un contrat tacite.

C'est ainsi qu'il a été jugé que le privilège du commissionnaire pour avances faites avant la réception des marchandises frappe même les marchandises qui n'ont été consignées que pour une destination spéciale (Aix, 10 février 1876, S, 76, 2, 182), il semble cependant que si ce privilège avait pour origine la volonté sous-entendue des parties, il ne devrait pas couvrir en ce cas des dettes ayant une autre cause que celle ayant fait l'objet d'une déclaration de volonté expresse des parties; la solution donnée par la Cour d'Aix prouve que cette volonté est impuissante à limiter les droits accordés au créancier par la loi.

C'est ainsi encore qu'alors que la Jurisprudence n'admet pas que le mobilier dotal puisse faire l'objet d'une mise en gage contractuelle, elle admet par contre que le mobilier est frappé du privilège du bailleur lorsqu'il garnit soit une ferme louée par le mari (Cass., 4 août 1856, D, 56, 1, 335)

soit même une maison louée par la femme mariée sous le régime dotal et séparée de biens (Bordeaux, 30 mai 1881, S, 84, 2, 217, note E. Ripert), il semble même dans ce dernier cas que l'on n'ait pas la possibilité d'invoquer les décisions de la Jurisprudence qui reconnaissent au mari le droit d'aliéner la dot mobilière en vertu d'un large pouvoir d'administration; ces décisions maintiennent intact le principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière pour la femme et cette inaliénabilité subsiste après la séparation de biens; il ne pourrait le cas échéant y être porté atteinte pour des besoins de première nécessité du ménage qu'en vertu d'une autorisation de justice qui fait défaut en l'espèce; aussi l'annotateur de l'arrêt s'épuise-t-il à chercher une justification à la décision de la Cour de Bordeaux; ne pourrait-on pas dire simplement que ce qui est interdit c'est l'aliénation volontaire, totale ou partielle et qu'en l'espèce il s'agit d'un nantissement imposé par la loi, non consenti mais subi par la femme et qui en conséquence ne tombe pas sous le coup de l'interdiction.

En ce qui concerne le privilège du voiturier, on peut signaler deux décisions qui ont consacré des solutions que l'on peut difficilement concilier avec l'idée de contrat tacite.

C'est d'abord un arrêt de la Cour de Rennes du 22 août 1871 (*Bull. ann. des chemins de fer*, 1873, 97) qui décide que lorsqu'à l'approche de l'ennemi, un préfet donne à un directeur de magasins d'approvisionnement l'ordre de transporter à la gare pour être évacués les objets qu'il a en magasin, soit en propriété soit à titre de consignation, cette opération fait naître entre la Compagnie et le directeur des magasins un lien de droit qui confère à ce dernier la qualité d'expéditeur et permet à la compagnie d'exercer le privilège de l'article 106 du Code de commerce. Il était cependant difficile de trouver dans ce dépôt effectué sur l'ordre de l'autorité et à raison de nécessités pressantes la trace d'une intention même sous-entendue de conférer à la Compagnie de chemins de fer un droit de gage sur les objets conduits à la gare dans ces conditions.

Mais l'arrêt le plus caractéristique est certainement celui rendu par la Cour de Limoges le 6 avril 1906 (D, 10, 2, 125) dans l'espèce suivante : des marchandises avaient été expé-

diées livrables en gare; sur l'ordre du destinataire, la Compagnie qui avait effectué le transport, les fit transporter au domicile du destinataire qui refusa alors d'en prendre livraison et les fit retourner à l'expéditeur; pour faire transporter les marchandises chez le destinataire, la Compagnie avait dû acquitter les droits d'octroi; elle prétendait exercer le privilège du voiturier sur ces marchandises non seulement pour le remboursement des frais de transport, mais encore pour celui des droits d'octroi, alors que l'expéditeur demandait à recouvrer les marchandises contre le seul payement des frais de transport, les droits d'octroi ne lui incombant pas puisque les marchandises étaient livrables en gare. L'arrêt reconnaît à la Compagnie le droit d'exercer son privilège tant pour le payement des droits d'octroi que pour celui des frais de transport et à l'appui de sa décision consacre formellement la théorie qui fait dériver le privilège de la loi et non de la volonté des parties « Attendu, dit-il,... que la Compagnie, obligée tant par son cahier des charges que par les ordres du destinataire qui en pouvait disposer, de faire conduire les marchandises chez Mathieu, était autorisée à acquitter au préalable, les droits d'octroi, et que, ce faisant, *elle acquérait par l'effet même de la loi*, un droit de rétention et de gage sur les marchandises pour garantie et remboursement de ces droits aussi bien d'ailleurs et pour les mêmes raisons, que pour garantie et remboursement des frais de camionnage, quelle que fut d'ailleurs celle des deux parties, expéditeur ou destinataire, qui doit finalement les supporter.

» Attendu que le droit sur la chose légitimement acquis par le commissionnaire de transport, ne pouvait être ultérieurement anéanti soit par le refus du destinataire de prendre livraison, soit par le retour sur les ordres de l'expéditeur à la gare de départ...

Attendu que O. Lafon et Cie, objectent, il est vrai, que la marchandise étant livrable en gare de Roanne, ils ne peuvent être tenus des frais faits sur l'ordre du destinataire seul et *qui ne rentraient pas nécessairement dans le contrat de transport qu'ils avaient souscrit* (on voit apparaître ici très nettement la théorie du contrat tacite de gage impliqué et en quelque sorte sous entendu dans le contrat de transport); *mais qu'il faut bien distinguer le droit de créance personnelle*

du commissionnaire soit contre l'expéditeur soit contre le destinataire, de son droit réel sur la chose voiturée, et qu'il suffit pour l'exercice de ce dernier que les avances aient été légitimement faites;

Attendu que la Compagnie d'Orléans a donc un droit de rétention ou de gage aussi bien pour les droits d'octroi et de camionnage que pour les frais de transport et de magasinage...»

L'arrêt faisant lui-même la distinction qu'il énonce ci-dessus, écarte en partie la demande reconventionnelle formulée par la Compagnie qui demandait au cas où le prix des marchandises n'aurait pas suffi à la rembourser, la condamnation personnelle de l'expéditeur au payement de tous les frais par elle faits, y compris les droits d'octroi; elle ne la reconnaît fondée qu'en ce qui concerne les frais de transport et de magasinage mais déclare les expéditeurs non tenus personnellement des droits d'octroi et frais de camionnage « qui n'étaient pas la conséquence nécessaire des obligations prises par les intimés » et qui incombent au destinataire sur l'ordre duquel ils ont été faits.

La théorie du contrat tacite se trouve à la fois écartée par la formule citée plus haut et par la solution concrète donnée en l'espèce par l'arrêt; si ce contrat tacite était intervenu entre la Compagnie et l'expéditeur, il ne pouvait avoir plus d'étendue que les stipulations du contrat de transport et garantir une dette qui n'incombe pas à l'expéditeur et que celui-ci ne prévoyait pas au moment où il a expédié les marchandises, il était également très difficile de soutenir que le destinataire a pu grever les marchandises d'un droit de gage puisqu'il n'en avait pas encore pris possession au moment où les droits d'octroi ont été payés et a ensuite refusé de les accepter et que d'autre part la propriété des marchandises était restée à l'expéditeur ou lui aurait en tous cas fait retour par le refus du destinataire avec annulation rétroactive des droits consentis par celui-ci sur les dites marchandises.

En définitive, l'expéditeur se trouve placé pour les frais faits sur l'ordre du destinataire, dans la situation d'une caution réelle, c'est-à-dire de celui qui a constitué sur une chose lui appartenant un droit d'hypothèque ou de gage pour garantir la dette d'autrui, avec cette différence qu'il n'a

jamais manifesté l'intention d'affecter les marchandises dont s'agit au paiement de la dette du destinataire; le droit réel qui grève ces marchandises et qui lui est opposable ne peut donc provenir que d'une affectation légale.

A vrai dire, la Jurisprudence n'a pas toujours écarté aussi formellement la théorie du contrat tacite; on peut même citer certaines décisions qui semblent s'en inspirer. Ainsi en ce qui concerne le privilège du bailleur, les décisions qui refusent ce privilège au logeur en garni semblent se référer à l'intention des parties; l'une d'elles déclare même en termes formels que ce privilège est basé sur « le droit de gage que *le preneur reconnaît tacitement au bailleur* sur les meubles qu'il apporte avec lui » lors de son entrée dans les lieux (Trib. civ., Seine, 17 janvier 1910, S, 10, 2, 189) de même pour justifier les effets du privilège du bailleur sur les meubles des sous-locataires en cas de sous-location interdite par le bail, un jugement déclare que « le privilège de l'article 2102 du Code civil en tant qu'il porte sur les meubles du locataire *a pour fondement une constitution tacite de nantissement* » (Trib. civ. , Auxerre, 22 juillet 1897, *Gaz. Pal.*, 97, 2, 532).

En résumé, il est extrêmement difficile de tirer des décisions jurisprudentielles, des solutions nettes du problème que posent le fondement et la source des privilèges mobiliers spéciaux basés sur une idée de gage; tout ce que l'on peut affirmer c'est que tout en subissant dans une certaine mesure l'influence de la théorie classique du gage tacite, la Jurisprudence s'en est parfois dégagée pour se référer à la notion de gage légal avant même qu'elle eût été expressément formulée en doctrine.

Section III.

Examen critique de la doctrine classique. - Du rôle de la volonté dans la naissance du droit de gage. - Solution proposée.

Quelle que soit l'opinion adoptée en ce qui concerne les cas de gage tacite, que l'on y voie l'effet d'une manifestation de volonté sous-entendue ou présumée des parties ou un effet direct de la loi, il n'en reste pas moins que la doctrine semble unanime en ce qui touche le mécanisme juridique du gage conventionnel et admet sans hésitation que dans ce cas le droit réel de gage dérive de l'accord de volontés inclus dans le contrat de gage. De même, c'est cet accord qui est la source créatrice des obligations des parties ou tout au moins de celles qui incombent au créancier gagiste.

Pour uniformément admises que semblent ces propositions il nous faut cependant les soumettre à un examen critique. Nous avons vu plus haut qu'elles se rattachaient à la théorie des sources des obligations et que celle-ci dérivait elle-même de la théorie plus générale de l'autonomie de la volonté. Or celle-ci a fait l'objet dans ces dernières années de vives attaques dont les unes se sont maintenues dans le cadre de la technique juridique et dont d'autres au contraire débordaient ce cadre pour se placer sur le terrain scientifique (V. sur ce point, l'examen critique de cette théorie fait par Madray, *De la représentation en droit privé*, Thèse, Bordeaux, 1931, p. 134 et s.).

Nous ne pouvons ici examiner le mouvement doctrinal qui a été principalemnt l'œuvre de théoriciens du droit public qui s'est attaqué à la théorie de l'autonomie de la volonté sur la base des données de la science du droit et a critiqué en même temps qu'elle la philosophie individualiste qui est à la base de notre Code civil, un tel examen déborderait par trop le cadre de notre étude.

Nous nous bornerons à nous demander si sur le terrain technique il est exact de dire que la volonté des parties peut

produire par elle-même des effets de droit et engendrer sans le concours de la loi des situations juridiques; dans le cas contraire, nous aurons à rechercher quelle est la véritable source des obligations et des situations juridiques conventionnelles et quel est en définitive le rôle de la volonté individuelle dans la naissance de ces situations; cela nous conduira à proposer une solution au problème que pose la naissance du droit de gage tant en ce qui concerne le gage conventionnel que le gage tacite.

L'examen critique des conceptions traditionnelles qui fera l'objet du premier paragraphe de cette section nous amènera ainsi à formuler une solution nouvelle des rapports des notions de contrat de gage et de droit de gage que nous exposerons dans un second paragraphe.

§ 1. *Examen critique des conception traditionnelles.* — La théorie classique qui attribue au contrat le pouvoir d'engendrer par lui-même des effets de droit invoque ordinairement comme consacrant ce pouvoir l'article 1134 du Code civil d'après lequel « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. » Mais il y a lieu de remarquer que cette disposition en exigeant pour que les conventions puissent produire des effets juridiques qu'elles soient « légalement formées » subordonne très nettement la convention à la loi comme source de situations juridiques.

Notons d'autre part que tout le monde est d'accord pour reconnaître en matière de contrats comme en toute autre l'existence de dispositions légales impératives auxquelles les parties ne peuvent substituer leur volonté particulière.

Enfin malgré le principe généralement admis qu'en droit français les actes juridiques sont, sauf exception soustraits pour leur existence ou leur efficacité à des règles de forme impérative, on peut signaler un grand nombre de cas où la loi impose des formes déterminées à la volonté pour que celle-ci puisse produire effet. On a parlé à ce sujet soit de la survivance soit de la renaissance du formalisme dans notre droit moderne (V. à ce sujet J. Bonnecase, *Précis de droit civil*, II, n° 190 et s., p. 220 et s.).

De même la prédominance parfois accordée par la Jurisprudence à l'expression de volonté sur la volonté réelle des parties dans l'interprétation des contrats et plus générale-

ment des actes juridiques apparaît comme directement contraire à la théorie de l'autonomie de la volonté. (J. Bonnecase *Précis*, I, nos 134, 137; II, no 199, p. 228). Il en est de même des applications jurisprudentielles de l'idée de cause.

En définitive, si les contrats et d'une manière générale les actes juridiques produisent des effets de droit c'est en vertu de la concession de la loi qui sous certaines conditions leur reconnaît ce pouvoir.

Reconnaître le caractère organique de la loi et d'une façon générale des sources formelles du droit ce n'est pas d'ailleurs s'incliner devant l'arbitraire du législateur; celui-ci doit nécessairement consacrer les volitions individuelles et leur reconnaître effet lorsque cette reconnaissance et cette consécration sont imposées par les données rationnelles et expérimentales des règles de droit; il n'empêche que sur le plan technique on peut dire que la loi se trouve à la base de toutes les situations juridiques sauf de celles qui résulteraient directement par delà les sources formelles du droit, de l'application des sources réelles comme nous le voyons par exemple dans la notion d'enrichissement sans cause.

Seulement la loi qui n'édicte que des dispositions générales ne s'appliquera à des individus ou à des choses déterminées, n'engendrera de situations juridiques concrètes que sur la base d'un acte ou d'un fait juridique. Ainsi qu'on le sait un acte juridique est une manifestation de volonté accomplie dans le but exclusif de réaliser des effets de droit. Selon une définition plus développée, c'est une manifestation extérieure de volonté bilatérale ou unilatérale dont le but direct est d'engendrer sur le fondement d'une règle de droit ou d'une institution juridique à l'encontre ou au profit d'une ou de plusieurs personnes soit un état, c'est-à-dire une situation juridique permanente et générale soit un effet de droit limité se ramenant à la formation, à la modification ou à l'extinction d'un rapport de droit.

Le fait juridique *stricto sensu* vise soit un événement purement matériel soit des agissements plus ou moins volontaires, générateurs d'effets ou de situations juridiques sur la base d'une règle de droit alors que le sujet de cet événement ou de ces agissements n'a pu avoir ou n'a nullement eu le dessein de se placer à leur occasion sous l'empire du Droit

(Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, II, nos 251 et 252).

L'acte et le fait juridiques sont d'ailleurs englobés par la notion de fait juridique au sens large du terme qui désigne tout événement engendré par l'activité humaine ou purement matériel pris en considération par le Droit pour en faire dériver à l'encontre ou au profit d'une ou plusieurs personnes soit une situation juridique générale et permanente soit un effet de droit limité.

Acte et fait juridique ont à la fois une fonction immédiate rigoureusement uniforme et abstraite et une fonction médiate variable, contingente et concrète. La fonction immédiate de l'acte et du fait juridique consiste dans la mise en mouvement d'une règle de droit ou d'une institution juridique. Leur fonction médiate dans laquelle ils n'opèrent que d'une manière indirecte et réflexe par l'intermédiaire forcé de la loi aboutit à la production de situations juridiques concrètes se traduisant elles mêmes par l'apparition de droits de famille, de droits réels et d'obligations.

On comprend dès lors combien il est inexact de dire en notre matière que le droit réel de gage ou les obligations du créancier gagiste ont leur source dans le contrat intervenu entre les parties.

L'accord des volontés du débiteur, du créancier gagiste, et le cas échéant du tiers donneur de gage est par lui-même si peu efficace qu'il ne peut donner naissance au droit réel de gage et aux différentes situations qui d'après la doctrine classique, dérivent du contrat de gage, que si cet accord s'accompagne d'un fait extérieur exigé par la loi : la mise en possession.

Sans doute, pour les auteurs classiques, ce n'est pas la loi qui impose cette exigence mais la nature des choses, l'obligation de restituer qui est pour eux le principal effet du contrat ne se concevant que de le part de quelqu'un qui a reçu antérieurement la chose à restituer; mais nous avons vu plus haut, que cette raison ne saurait à elle seule justifier le caractère de contrat réel reconnu au contrat de gage, puisqu'il y a au moins un contrat consensuel, le louage qui comporte lui aussi une obligation de restitution; en définitive on ne peut justifier le rôle que joue dans l'existence

même entre parties du contrat de gage la mise en possession du créancier qu'en invoquant les dispositions légales qui exigent cette remise non seulement en vertu de l'article 2076 pour l'opposabilité aux tiers du privilège mais encore en vertu des articles 2071 et 2072 pour la formation même du contrat. En vertu de ces dispositions la convention qui ne s'accompagnera pas de la remise de la chose ne saurait exister à titre de contrat de gage et en produire les effets; c'est donc en définitive la loi et la loi seule qui détermine quels seront ces effets et dans quelles conditions, fixées par elle, ils se produiront.

Il ya donc ici, dans le caractère de contrat réel du contrat de gage, une raison de plus s'ajoutant aux raisons d'ordre général exposées ci-dessus, pour écarter le formule qui fait du contrat un acte « *créateur* d'un droit réel et *productif* d'obligations ».

Mais il ne suffit pas d'écarter cette formule; il faut lui en substituer une autre qui traduira plus exactement les rapports existant entre les notions de contrat de gage et de droit de gage, en même temps qu'elle rendra compte du fonctionnement des cas dits de gage tacite; c'est ce que nous allons faire en examinant d'un peu plus près le rôle respectif dans la naissance du droit de gage de la loi et des divers actes ou faits juridiques qui concourent à l'apparition de ce droit dans chaque cas concret.

§ 2. *Solution proposée : le droit de gage est engendré par un effet direct de la loi sous l'impulsion combinée d'un fait juridique, la possession à titre de gage et d'un acte ou d'un fait juridique dont la loi fait découler l'affectation directe et spéciale d'un bien mobilier à la garantie d'une créance déterminée.* — Ainsi que nous l'avons déjà dit et que nous le verrons d'une façon plus précise en étudiant la nature du droit de gage (V. infra, 2e partie, Chap. IV), l'institution juridique du gage a pour but et pour effet de réaliser l'affectation directe et spéciale d'un bien mobilier considéré dans sa valeur pécuniaire à la garantie d'une créance.

A raison de la nature mobilière du bien considéré et pour des raisons que nous examinerons plus attentivement dans le chapitre suivant, la loi lie cette affectation à la possession

par le créancier du dit bien. Cette possession dont nous examinerons plus loin les caractères, est parfois indépendante de la détention matérielle; dans tous les cas, elle suppose une main-mise du créancier moins sur la chose elle-même envisagée dans son individualité que sur la valeur pécuniaire qu'elle représente comme élément concret du patrimoine du débiteur.

Mais cette possession pour pouvoir engendrer au profit du possesseur la situation juridique du créancier gagiste et lui en imposer les obligations doit être en corrélation avec un acte ou un fait juridique.

Dans le gage conventionnel, l'acte juridique qui joint au fait de la possession déclenchera si l'on peut dire la mise en mouvement des règles juridiques dont l'ensemble constitue l'institution du gage et déterminera leur application à un cas particulier, sera l'accord de volontés intervenu entre le créancier gagiste, le débiteur et le cas échéant le tiers donneur de gage, c'est-à-dire le contrat de gage ou la promesse de gage. La loi par les dispositions des articles 2071 et 2072 du Code civil permet aux parties d'affecter par leur convention tel ou tel bien mobilier à la garantie d'une créance quelconque née ou à naître; mais cette affectation conventionnelle ne produira effet au profit ou à l'encontre du créancier que lorsque la possession du bien dont s'agit lui aura été remise. Lorsque cette possession disparaît, les effets juridiques qu'elle avait engendré disparaissent avec elle. Tant qu'elle n'existe pas les conventions des parties n'ont qu'une existence virtuelle subordonnée à la réalisation de la mise en possession; on peut toutes proportions gardées, les comparer aux conventions matrimoniales avant la célébration du mariage (V. sur le rôle respectif du contrat de mariage et de l'acte juridique du mariage lui-même dans la genèse du régime matrimonial : J. Carbonnier, *Le régime matrimonial*, Thèse, Bordeaux, 1932, p. 551 et s.); de même que l'acte juridique du mariage vient en quelque sorte vivifier les conventions matrimoniales préexistantes qui n'avaient jusqu'alors qu'une existence juridique comparable à celle de l'enfant conçu, pour faire jaillir à leur contact le régime matrimonial qui produira alors seulement tous ses effets tant à l'égard des époux qu'à l'égard des tiers, de même

le fait juridique de la possession par sa rencontre avec l'acte juridique qu'est le contrat de gage ou la promesse de gage fera apparaître en quelque sorte automatiquement les situations juridiques qui sont la conséquence de l'affectation du bien donné en gage à la garantie de la créance et donnera leur plein effet aux conventions des parties.

Dans le gage tacite, à l'exclusion du cas de l'affectation spéciale en matière de saisie-arrêt que nous examinerons tout à l'heure, le droit de gage apparaît dès qu'est réalisée la concommittance entre le fait juridique de la possession d'une chose par une personne et l'existence au profit de cette personne d'une créance de nature déterminée que la loi fait découler à son profit soit d'un acte juridique soit d'un fait juridique également déterminés.

Le plus souvent, la créance garantie en même temps d'ailleurs que le transfert de la possession aux mains du créancier de la chose qui fait l'objet du droit de gage tacite, découlera d'un acte juridique, pratiquement d'un contrat; ainsi la possession du bailleur et les créances que garantit son privilège sont la conséquence du contrat de louage; celle du voiturier et la créance de celui-ci pour les frais de transport, du contrat de transport, etc... En ce cas, la loi, prenant en considération la qualité de la créance, attache à cette créance un droit de gage et un privilège, mais comme pour le gage conventionnel, elle subordonne non seulement l'acquisition mais encore le maintien de ces droits à la possession; c'est ainsi que nous avons vu que le bailleur qui avait perdu avec la possession de son immeuble, la possession à titre de gage des meubles de son locataire ne pouvait plus exercer les droits que lui conférait l'article 2102, 1° même pour assurer le payement de créances dérivant du bail (V. plus haut, p. 65).

Remarquons d'ailleurs que les effets ainsi attachés par la loi à une créance dérivant d'un acte juridique ne dépendent que très relativement de la volonté des parties; il dépend d'elles de conclure ou non l'acte juridique dont s'agit par exemple, le contrat de bail ou le contrat de transport, mais non dans cet acte, de modifier ou de supprimer les droits que la loi confère au créancier pour assurer la sûreté de sa créance; d'autre part en fait et le plus souvent ces effets se produisent à leur insu et sans que l'on ait besoin de suppo-

ser chez elle une intention qui pratiquement est inexistante. On peut donc dire qu'au point de vue de la naissance du droit de gage, l'acte juridique dont s'agit peut être assimilé à un fait juridique *stricto sensu*; un acte juridique en effet ne doit être considéré comme tel qu'en ce qui concerne les effets de droit que les parties ont eu l'intention de produire en l'accomplissant; en tant que la loi y attache d'autres effets que les parties n'ont point envisagé et qui ne dépendent pas de leur volonté, cet acte n'est qu'une manifestation de volonté accomplie sans intention d'engendrer des effets de droit, c'est-à-dire un fait juridique.

Le droit de gage peut aussi être conféré par la loi à un créancier dont la créance dérive non d'un acte juridique mais d'un fait juridique; c'est le cas par exemple du privilège pour faits de charge sur le cautionnement des fonctionnaires publics et des officiers ministériels qui naît à la suite d'une faute professionnelle; cette faute engendre à la fois une créance en réparation du préjudice causé comme tout délit civil (art. 1382) et à raison de son caractère et des dispositions législatives qui régissent le cautionnement des fonctionnaires et des officiers ministériels, un droit de gage sur les fonds déposés en cautionnement.

Il en serait de même si l'on voit dans ce cas un gage tacite, du droit reconnu au propriétaire d'un immeuble rural sur les animaux divaguant sur son fonds; le dommage causé par l'animal en état de divagation et qui est un fait purement matériel serait pris en considération par la loi pour en faire dériver à la fois la créance en indemnité du propriétaire lésé et le droit ainsi reconnu à ce propriétaire sur l'animal auteur du dommage.

Il nous faut maintenant examiner le cas où, l'affectation d'un bien ou plus exactement d'une valeur déterminée à la sûreté d'une créance se produit à la suite d'une décision judiciaire. Ainsi que nous l'avons indiqué le principal est l'affectation spéciale résultant du cantonnement d'une saisie-arrêt. Remarquons tout d'abord que le créancier saisissant n'a par le fait de la saisie arrêt acquis aucun droit privatif, à l'encontre des autres créanciers sur la créance saisie-arrêtée; on sait en effet qu'en cas de saisie-arrêt postérieure tous les créanciers viendront en concurrence sans

égard à la date respective des saisies-arrêts conformément au principe de l'égalité de créanciers chirographaires et aux dispositions de l'article 2092 du Code civil; au contraire lorsqu'à la demande du débiteur la saisie-arrêt aura été cantonnée par le juge des référés conformément aux dispositions de l'article 567 du Code de procédure civile et de la loi du 17 juillet 1907 sur une somme consignée par le débiteur soit à la Caisse des dépôts et consignations, soit aux mains d'un tiers commis à cet effet, le créancier acquiert sur cette somme un privilège exclusif et la jurisprudence voit dans ce droit « un droit de gage privilégié ».

Ce droit dérive évidemment de la loi mais il n'apparaît qu'autant que les dispositions de la loi du 17 juillet 1907 auront été mises en mouvement, appliquées à un cas concret par la décision du juge des référés qui comme toute décision judiciaire est un acte juridique. Ici encore on peut invoquer une analogie avec les régimes matrimoniaux (V. sur le fonctionnement de la séparation de biens judiciaire, Carbonnier, thèse citée, p. 547 et s.). On peut si l'on veut, parler de gage judiciaire mais à condition de remarquer que la décision judiciaire n'intervient que pour déclencher en quelque sorte l'application à un cas particulier des dispositions légales; l'ordonnance du juge des référés qui doit nécessairement intervenir lorsque les conditions fixées par la loi sont remplies ne peut en rien modifier les droits du créancier sur la somme consignée qui sont déterminés par la loi. De plus là aussi le droit de gage n'apparaîtra qu'après le versement de la somme entre les mains du tiers chargé de la recevoir et de la conserver pour le compte du créancier, c'est-à-dire en définitive après la mise en possession de celui-ci.

La volonté des parties ici encore n'entre nullement en jeu; celle du débiteur est sans doute exigée pour déclencher l'activité judiciaire puisque c'est à lui et à lui seul qu'appartient le droit de demander le cantonnement de la saisie-arrêt; mais là s'arrête son rôle; une fois sa demande formée, et le juge saisi, il ne peut modifier les droits du créancier et restreindre les effets de la consignation. La volonté du créancier ne joue aucun rôle dans l'apparition du droit de gage, puisque d'une part il ne peut demander la consignation

même sous une forme détournée (V. plus haut, p. 69) et que d'autre part, il ne peut s'y opposer et mettre obstacle au fonctionnement des dispositions légales.

Nous avons fait remarquer plus haut que l'on pouvait assimiler à ce cas celui où, en vertu de la loi, le gage qui grevait une chose corporelle se trouvait transporté sur une somme consignée en cas de remboursement anticipé exercé par le débiteur ce qui se produit en matière de warrants commerciaux, agricoles ou hôteliers; là aussi, la consignation suppose une décision judiciaire qui émane suivant les cas du président du Tribunal de commerce, ou du juge de paix; remarquons toutefois qu'en l'espèce il s'agit, non comme dans le cas de saisie-arrêt, de l'apparition d'un droit de gage qui n'existait pas auparavant, mais de la transformation quant à l'objet sur lequel il porte d'un droit de gage préexistant qui s'exercait antérieurement sur les choses warrantées et s'exercera désormais sur la somme consignée.

En résumé, le droit de gage découle de la loi qui parfois en fait dériver l'application des conventions intervenues entre les parties et parfois l'attache de plein droit à l'existence de telle créance déterminée ou d'une décision judiciaire mais qui dans tous les cas en subordonne l'existence au fait juridique de la possession par le créancier de la chose dont la valeur garantit le payement de sa créance.

Il est donc inexact en ce qui concerne le gage conventionnel de dire que le contrat de gage *crée* le droit réel de gage ou que celui-ci est un effet du contrat; la convention des parties est sans doute à l'origine du droit mais n'en est pas la cause véritable; elle le fera apparaître (si toutefois les autres conditions et notamment la mise en possession sont remplies) mais indirectement et par l'intermédiaire de la loi. Remarquons d'ailleurs que tout en limitant le rôle de la volonté à la mise en jeu des règles de droit positif, nous n'éliminons nullement la possibilité pour elle de déterminer, dans la mesure où la loi reconnaît la force obligatoire des conventions intervenues, le contenu de la ou des situations juridiques ainsi engendrées, c'est-à-dire de préciser dans quelle mesure le ou les sujets de droit auront leur liberté d'action restreinte ou accrue, leur situation modifiée, leur patrimoine grevé d'obligations ou augmenté de droits de créance ou de droits réels. Dans

tous les cas, l'acte de volonté n'obtient cette autorité dans le domaine juridique qu'en vertu d'une concession de la loi.

Remarquons qu'en ce qui concerne le gage, cette faculté laissée aux particuliers de réglementer les situations juridiques issues des contrats sera singulièrement restreinte ainsi que le montre la prohibition des pactes commissoires. Les parties ne peuvent guère étendre les droits du créancier gagiste sur la chose donnée en gage sans tomber sous le coup de la nullité édictée par l'article 2078 alinéa 2 du Code civil; elles ne peuvent guère les restreindre par exemple en les limitant à un simple droit de rétention sans faire perdre à la convention son caractère de contrat de gage. Elles ne peuvent non plus éluder la nécessité de la mise en possession. Leur pouvoir se borne en définitive à déterminer l'étendue de la garantie du créancier quant aux objets qui en seront affectés (encore ne peuvent-elles la faire porter sur des immeubles) ainsi que quant aux créances garanties; elles peuvent également préciser dans une certaine mesure les obligations du créancier gagiste. On voit que nous sommes loin d'une autonomie complète de la volonté exerçant un pouvoir absolu et indépendant de la loi.

Remarquons en terminant que le rôle ainsi attribué par nous, tant au contrat de gage qu'à la possession du créancier gagiste dans la naissance du droit de gage ou plus exactement dans le « déclenchement », dans le « décrochement » (J. Carbonnier, thèse citée, p. 538) des règles de droit régissant l'institution juridique du gage, cadre parfaitement avec les déductions que tire la Jurisprudence du caractère de contrat réel du contrat de gage. La solution que nous avons adoptée nous permet facilement de justifier la décision de la Cour de cassation qui a permis au débiteur de contester la validité d'un contrat de gage qui n'avait été suivi d'aucune mise en possession (Cass. civ., 18 mai 1898 cité plus haut, p. 41); en pareil cas le droit de gage et aucune des situations juridiques engendrées par les règles dont l'ensemble constitue l'institution du gage n'avaient pu prendre naissance puisque si l'une des conditions exigées pour leur apparition, à savoir l'acte juridique, la convention des parties existait bien, l'autre, le fait juridique de la possession manquait.

Notre solution nous permet également d'expliquer qu'en cas de faillite du débiteur, la remise de la chose puisse avoir lieu après la cessation de payements (V. plus haut, p. 41 et 42); c'est là un effet de l'existence embryonnaire que nous avons reconnue aux conventions des parties qu'il s'agisse d'un contrat de gage non encore suivi de la mise en possession ou d'une promesse de gage; ces conventions n'engendrent pas par elles-mêmes le droit de gage mais elles sont un élément nécessaire à l'existence de ce droit, une pierre d'attente de la construction technique qu'est l'institution du gage; lorsque la mise en possession vient, alors que le débiteur n'a pas encore été déchu d'une façon absolue par le jugement déclaratif de faillite, de sa capacité juridique; compléter l'édifice, elle se relie nécessairement aux conventions antérieures et hors le cas de fraude prouvée ou présumée sur la base de la connaissance qu'aurait eue le créancier de l'état de cessation de payements, elle leur donne pleine et entière efficacité. Sans doute le « droit de nantissement » pour reprendre l'expression de l'article 446 du Code de commerce n'est définitivement « constitué » qu'au moment où le créancier gagiste est en possession de la chose; mais cette constitution est si l'on peut dire un fait à deux temps, le premier temps étant marqué par l'accord des parties que l'on peut si l'on veut qualifier « d'acte constitutif » du droit au sens où les statuts d'une société anonyme par exemple sont l'acte constitutif de cette société, bien que la rédaction de ces statuts n'aie pas pour résultat la création immédiate de la dite société, mais simplement d'ouvrir sa période constitutive. Dès lors pour savoir si le droit constitué au cours de la période suspecte par le second temps de la constitution, la mise en possession, l'a été « pour dette antérieurement contractée », ce n'est pas à ce second temps qui ne fait que parachever cette « constitution » qu'il faut se référer mais bien à son début, au premier temps; si donc l'accord des parties est intervenu pour une dette concomitante à cet accord, le gage n'aura pas été constitué pour « dette antérieurement contractée » et ne tombera pas sous la nullité de l'article 446 du Code de commerce. Il n'est donc pas besoin de recourir à l'article 447 et de regarder la mise en possession comme le payement d'une dette échue; en fait la jurisprudence prend

bien soin toutes les fois qu'elle valide un nantissement intervenu dans ces conditions de préciser que la dette garantie n'était pas antérieure au contrat de gage; or, pareille exigence ne se comprendrait pas avec l'explication que donnent les auteurs classiques; du moment que la mise en possession est le payement d'une dette échue, elle doit conserver ce caractère et être valable même si les conventions dont elle est l'exécution avaient pour but de garantir une dette antérieure puisque celles-ci étant par hypothèse passées en temps non suspect ne pouvaient être atteintes par la nullité de l'article 446; au contraire si on admet que la constitution de gage commencée par les dites conventions n'est achevée que par la mise en possession, on comprend qu'on puisse exiger sur la base de l'article 446 que cette constitution considérée dans son ensemble par la réunion de ses deux éléments dont le dernier est intervenu au cours de période suspecte, doive pour être valable avoir pour but de garantir une dette contemporaine à l'acte qui a ouvert la période constitutive du gage.

CHAPITRE II.

De la possession du créancier gagiste.

Nous venons de voir dans le chapitre précédent l'importance du rôle de la possession du créancier gagiste dans la naissance ou plus exactement dans l'apparition du droit de gage. Il nous faut maintenant examiner d'un peu plus près en quoi consiste cette possession, quelle est sa véritable nature juridique et quels sont ses effets. Etant donné que le terme de possession au sens large englobe à la fois la possession proprement dite et la détention ou possession précaire, on peut se demander quelle est celle de ces deux notions qui traduit exactement les rapports de fait existant entre le gagiste et la chose donnée en gage. D'autre part on peut se demander si la mise en possession se traduit toujours et dans tous les cas par un contact matériel entre le créancier (ou le tiers convenu) et la chose, et en quoi elle consiste dans le cas de gage des meubles incorporels ; on peut même se demander si dans les cas de gage dits ordinairement sans dépossession ou sans dessaisissement le créancier gagiste n'a pas dans une certaine mesure la possession de la chose dont la valeur est affectée à la garantie de sa créance, bien que celle-ci reste entre les mains du débiteur.

L'étude attentive de la possession du créancier gagiste nous permettra de préciser davantage le rôle joué par celle-ci dans l'institution du gage.

L'examen de la situation du gagiste par rapport à la possession suppose l'étude au moins sommaire des notions de possession et de détention en droit français; cette étude fera l'objet de la première section de ce chapitre.

Nous examinerons ensuite successivement la nature juridique de la possession du gagiste ses caractères et ses effets; les deux dernières sections de ce chapitre seront consacrées à la possession dans le gage des meubles incorporels et dans les cas de gage dits « sans dépossession ».

Section Première

De la Possession et de la Détention en Droit français.

Bien que les notions de possession proprement dite et de détention soient ainsi que nous le verrons intimement liées, ce sont néanmoins deux notions distinctes dont chacune fera l'objet d'un paragraphe spécial.

§ 1. *Aperçu sommaire sur la notion de possession en Droit privé français.* — La notion de possession a fait on le sait l'objet de vives controverses tant sur le terrain historique que sur celui du Droit actuel, du Droit comparé et même du Droit futur. Rappelons ici les ouvrages de Savigny (*Traité de la possession*, traduct. Staedtler, 7e éd., 1865) et de Ierhing (*Fondement de la protection possessoire*, 1865 et *Rôle de la volonté dans la possession*, 1891, Trad. Meulenaere); bien que spéciaux au droit romain, ces ouvrages contiennent ceux d'Ierhing surtout, des aperçus généraux s'appliquant à toutes les législations; d'autre part, les critiques d'Ierhing contre la théorie de Savigny, ont fait naître en France, ainsi que nous l'indiquons plus loin, des critiques d'ailleurs restées isolées contre la conception dominante. Citons également les études de Droit comparé de Saleilles (*Eléments constitutifs de la possession*, 1894; *La possession des meubles*, 1907 et *Revue critique*, 1903, p. 592 et 1904, p. 33) et de J. Charmont (*Revue trimestrielle*, 1907, p. 41), les thèses de P. Schawb (*La théorie possessoire objective*, Paris, 1907), de E. Radulesco (*Notion et éléments constitutifs de la possession en législation*, Paris, 1923), de J. Ravail (*De l'objet de la possession*, Bordeaux 1899) et de F. Ferradou (*Role de la possession en droit privé français*, Bordeaux, 1928).

Cependant malgré ces controverses, la jurisprudence et la doctrine françaises présentent, abstraction faite d'opinions divergentes sur des points isolés une conception d'ensemble que nous allons essayer de caractériser aussi brièvement que possible.

I. - L'article 2228 du Code civil définit la possession « la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom ». Mais presque tous les auteurs s'accordent pour considérer cette définition comme insuffisante (Planiol, *Traité élémentaire*, I, n° 2263) et comme pouvant créer une équivoque du fait de l'emploi du terme : détention qui au sens technique désigne un état voisin de la possession mais distinct.

D'après Aubry et Rau (II, p. 106 § 177), le terme de : possession peut être employé dans un sens large ou au contraire dans un sens strict et précis. « On appelle possession dans le sens le plus large de cette expression, écrivent ces auteurs, l'état ou la relation de fait qui donne à une personne la possibilité physique, actuelle et exclusive, d'exercer sur une chose des actes matériels, d'usage, de jouissance ou de transformation », mais on réserve le terme de possession proprement dite, de possession juridique ou de possession *stricto sensu*, au cas où ce pouvoir matériel, cette main-mise de l'homme sur la chose qui constitue la possession au sens large s'accompagne de l'intention chez son titulaire d'exercer sur cette chose un droit de propriété ou tout autre droit réel; le terme technique de détention sert précisément à désigner le rapport de fait existant entre une personne et une chose et dans lequel la possession au sens large n'est pas accompagnée de l'intention d'exercer sur la chose un droit réel.

La possession consiste donc en définitive dans le fait pour une personne de retirer ou d'avoir la possibilité matérielle de retirer d'une chose tout ou partie des utilités qu'elle comporte, dans son intérêt propre et avec l'intention de se comporter extérieurement comme en ayant le droit; c'est une *appropriation de fait* des richesses dont les droits réels traduisent l'*appropriation de droit*; cette appropriation peut se manifester non seulement par une utilisation actuelle

mais encore par le fait de conserver une chose en vue d'une utilisation future; c'est ainsi que le possesseur d'un meuble peut le garder chez lui sans en user actuellement mais en vue de s'en servir plus tard.

En elle-même la possession n'est qu'une situation de fait qui apparaît d'ailleurs comme l'apparence, l'« extériorité » (Iehring) d'une situation juridique, d'un droit réel; il n'est pas nécessaire en effet pour qu'il y ait possession que celui qui se comporte ainsi en titulaire d'un droit réel sur une chose ait régulièrement acquis ce droit réel; il suffit qu'il passe aux yeux du public pour en être titulaire; mais cette situation de fait est à certains égards prise en considération par le Droit.

Le Droit ne pouvait pas en effet refuser toute protection à ceux qui ayant en fait l'usage et la jouissance d'une chose, n'auraient pas acquis (ou ne pourraient prouver avoir acquis, ce qui pratiquement et aux yeux du Droit positif revient au même) régulièrement un droit réel principal sur cette chose. Outre que pour des raisons d'ordre public, il aurait été très dangereux de permettre impunément le bouleversement des situations de fait, il était nécessaire dans l'intérêt même de ceux ayant acquis régulièrement des droits réels, mais se trouvant dans l'impossibilité de faire la preuve souvent très difficile de leur acquisition, de protéger la possession tout au moins dans certains cas. Ce qui a contribué aussi à faire admettre cette protection c'est que le plus souvent, celui qui se comportera en fait comme titulaire d'un droit réel le sera en réalité; on comprend dès lors que la loi présume jusqu'à preuve du contraire que le fait est conforme au Droit.

Pour ces diverses raisons, auxquelles viennent s'ajouter parfois d'autres considérations, le Droit actuel comme les législations qui l'ont précédé fait produire au fait matériel de la possession certains effets juridiques en transformant ce fait matériel en *fait juridique*.

Ces effets constituent la situation juridique de possesseur engendrée par les dispositions légales dont la mise en mouvement dépend de l'existence du fait juridique de la possession.

II. - D'après la conception généralement admise par la doctrine et la jurisprudence françaises sur la base des ar-

ticles 2229 et 2236 du Code civil et 23 du Code de procédure civile, le fait juridique de la possession comprend deux éléments : un élément matériel, consistant dans la maîtrise de fait exercée sur la chose et traditionnellement désignée sous le nom de *corpus* et un élément intentionel, l'intention de se comporter en propriétaire ou titulaire d'un droit réel ou *animus domini*. On sait que cette conception sans doute antérieure à Savigny mais à laquelle celui-ci a donné sa formule définitive a donné lieu à de vives critiques, notamment de la part d'Ierhing, particulièrement en ce qui concerne l'exigence de l'*animus*. Nous ne pouvons ici entrer dans le détail de ces controverses; disons seulement qu'il est normal si l'on protège, non toute appréhension matérielle des choses, mais seulement celle qui est réellemen une appropriation de fait, et se présente comme l'apparence, l'exercice de fait d'un droit réel, que, l'on exige chez le possesseur l'intention manifestée extérieurement de s'approprier la chose en tout ou en partie.

Nous ne nous étendrons pas non plus sur les effets reconnus par le droit français à la possession des choses; rappelons seulement qu'en matière mobilière comme en matière immobilière, elle crée en faveur du possesseur une présomption du droit dont elle est l'exercice de fait, en sorte que le possesseur jouera naturellement le rôle de défendeur à l'action en revendication ou autre par laquelle un tiers prétendra être lui-même titulaire de ce droit et que ce sera à ce tiers à prouver le bien fondé de sa prétention; rappelons également qu'en matière immobilière la possession est protégée pour elle-même par les actions possessoires et que la possession prolongée pendant un certain temps conduit à l'acquisition du droit dont elle est l'exercice de fait; enfin en matière mobilière, en vertu de la règle de l'article 2279 du Code civil et de la maxime « En fait de meubles, possession vaut titre », la possession de bonne foi fait immédiatement acquérir la propriété ou tout autre droit réel, l'usufruit notamment.

Remarquons que pour produire certains de ces effets, la possession doit présenter certains caractères spéciaux; c'est que, comme on l'a très bien fait observer, si le Droit n'a aucun pouvoir sur les faits matériels envisagés en eux mêmes, il peut parfaitement exiger qu'ils se présentent sous une

certaine forme pour les considérer comme faits juridiques (V. sur ce point J. Bonnecase, *Traité de droit commercial maritime*, n° 290, p. 305 et n° 772, p. 685; v. aussi nos développements supra, p. 92 et plus loin, même §, n° V).

Ces effets ne se produisent pas nécessairement en faveur de celui qui accomplit les actes de conservation, de jouissance ou d'usage par lesquels se manifeste la possession, mais de celui dans l'intérêt duquel ils sont accomplis; comme nous l'indiquerons plus loin, l'appropriation de fait des richesses peut en effet avoir lieu par l'intermédiaire d'un représentant qui accomplit les actes matériels de possession pour le compte d'une autre personne à qui seul le Droit reconnaît la qualité de possesseur; le représentant qui se trouve alors en contact immédiat avec la chose n'est qu'un détenteur, et les actes qu'il accomplit produisent leurs effets en la personne de celui pour le compte duquel il agit.

III. - Jusqu'ici nous avons supposé que la possession avait pour objet une chose matérielle et qu'elle consistait dans une appropriation totale ou partielle, autrement dit dans un exercice de fait du droit de propriété ou d'un autre droit réel principal démembré de la propriété (usufruit ou servitude par exemple). Il convient de revenir sur ce point, car il a, nous le verrons, une grande importance en notre matière. La question de l'objet de la possession n'est pas l'un des points les moins intéressants, bien qu'assez peu étudié, de la théorie de la possession. Il est impossible de l'exposer même brièvement sans faire un court historique.

On sait qu'en Droit Romain, la notion de possession qui s'était d'ailleurs formée plus sous l'empire des nécessités pratiques que des idées théoriques, supposait en principe l'usage exclusif d'une chose à titre de propriétaire ; il y avait cependant des cas où l'on reconnaissait la qualité de possesseur avec les effets juridiques qui y étaient attachés, notamment le droit d'intenter les interdits possessoires à des personnes qui ne prétendaient pas posséder à titre de propriétaire; c'est ainsi que le séquestre, l'emphytéote, le gagiste étaient considérés comme des possesseurs (V. Girard, *Manuel de Droit Romain*, p. 268). C'est pour ces hypothèses que Savigny a imaginé sa théorie de la possession dérivée (*Traité de la possession en Droit romain*, p. 276) : il y aurait au profit du

possesseur, indépendamment du droit de propriété, réel ou prétendu, un droit de possession (*jus possessionis*) consistant principalement dans le droit d'intenter les actions possessoires et le propriétaire ou prétendu tel pourrait dans certains cas exceptionnels transmettre ce droit sans transmettre son droit de propriété. Quelle que soit la valeur de l'explication de Savigny (et s'il faut en croire les romanistes modernes, elle serait à peu près nulle : V. sur ce point Girard, op. cit., p. 269, texte et note 1), il faut bien noter que dans ces hypothèses, celui qui possédait auparavant à titre de propriétaire et dont le séquestre, le gagiste, etc... reconnaissent la propriété, cesse juridiquement de posséder et notamment n'a plus les interdits possessoires; cependant il est considéré comme continuant à posséder en vue de l'usucapion (correspondant sous certaines réserves à la prescription du droit moderne) qui continne à courir à son profit; mais ce n'est là pour les Romains qu'une fiction; car d'une part il n'y a qu'une seule véritable possession qui consiste dans la main-mise sur la chose *possessio rei* qui d'ailleurs peut produire des effets différents suivant qu'elle est ou non accompagnée de bonne foi de juste titre, etc... (et c'est sans doute le sens de l'adage : « *unum genus est possidendi, species infinitae* ») d'autre part, plusieurs personnes ne peuvent posséder en même temps une même chose *plures eadem rem in solidum possidere non possunt*; or dans ces cas, la *possessio rei* appartient au séquestre, à l'emphytéote, au gagiste; le propriétaire ou prétendu tel n'a donc plus aucune possession.

Cependant les Romains qui étaient partis d'une conception purement matérialiste de la possession semblent bien avoir fini par concevoir que la possession n'était autre chose que l'exercice de fait, l'« extériorité » de la propriété; dès lors s'imposait l'idée que les autres droits réels pouvant ainsi être exercés en fait par des personnes qui n'en étaient pas titulaires, il y avait là une possession qui méritait d'être protégée de la même manière que la possession à titre de propriétaire; cette protection s'imposait d'ailleurs pour les mêmes raisons pratiques qui avaient inspiré le concept primitif de possession.

Seulement, comme peut-être sous l'influence de la confusion existant entre le droit de propriété et son objet, on

admettait qu'il n'y avait qu'une seule *possessio rei* qui était en principe (sous les réserves sus indiquées, en ce qui concerne le séquestre, l'emphytéote et le gagiste) la possession à titre de propriétaire, comme d'autre part les jurisconsultes romains avaient distingué les droits réels autres que le droit de propriété de leur objet et en avaient fait des choses incorporelles (res incorporales) on admit en Droit Romain que la possession à titre d'usufruitier, de titulaire d'une servitude, etc... portait non sur la chose objet du droit d'usufruit ou de servitude, réel ou prétendu, mais sur le droit lui-même (*possessio juris*); et comme traditionnellement, il n'y avait qu'une seule *possessio*, la *possessio rei*, on admit qu'il y avait là non une véritable possession, mais une quasi-possession (*quasi-possessio*).

Avant d'aller plus loin, signalons l'illogisme de cette construction édifiée uniquement sous l'empire des besoins pratiques. Si la possession est un pouvoir de fait, on comprend la *possessio rei*, mais on ne s'explique pas la *quasi possessio juris*; il ne peut être question en effet d'un pouvoir de fait s'exerçant sur un droit puisque ce qui caractérise la possession proprement dite c'est l'absence de droit ou de preuve du droit par le possesseur. Si l'on considère la possession comme l'exercice de fait d'un droit, il ne faut plus parler en aucun cas de possession des choses mais des droits; la *possessio rei* elle-même devient la possession d'un droit, du droit de propriété, *possessio dominii*.

Des deux idées qu'implique la possession véritable, (pouvoir de fait sur une chose — exercice de fait du droit de propriété) la *quasi possessio juris* ne garde que la seconde; il n'est que juste d'ajouter que, la *quasi possessio juris* n'ayant guère été appliquée qu'aux droits réels, l'exercice de fait du droit se traduisait par un pouvoir de fait sur la chose ou plutôt sur la partie des utilités de la chose qui fait l'objet du droit; seulement cette réalité ne s'exprimait pas dans la terminologie.

L'évolution historique en ce qui concerne l'objet de la possession a surtout tendu à faire prévaloir l'idée d'exercice de fait d'un droit sur celle de pouvoir de fait. Sous l'influence de cette tendance on a rapproché la *quasi possessio juris* des

droits réels démembrés de la propriété, de la véritable possession conçue comme l'exercice de fait du droit de propriété; c'est ainsi que notre Code civil, contrairement d'ailleurs aux définitions de Pothier, ne parle même pas de quasi possession et semble assimiler complètement dans son article 2228 la jouissance d'un droit à la détention corporelle d'une chose à titre de propriétaire. La doctrine moderne tend donc à reconnaître une identité de nature entre la possession et la quasi possession, et à voir dans tous les cas dans la possession l'exercice de fait d'un droit réel, propriété ou autre, le droit de propriété étant désormais distingué de son objet; on a même prétendu que l'objet de la possession n'était jamais une chose mais un droit, la *possessio rei* des Romains n'étant autre chose que la possession du droit de propriété (V. Ravail, *De l'objet de la possession*, thèse citée, p. 14 et 15); on pourrait aussi bien considérer que par l'exercice de fait d'un droit réel démembré de la propriété (usufruit ou servitude), on possède la chose tout au moins en partie puisqu'on s'approprie une partie des avantages qu'elle peut procurer; puisque l'utilité et la jouissance des choses sont susceptibles de fractionnement et que l'appropriation de droit des r - chesses qui se traduit par l'existence des droits réels, peut être totale (droit de propriété) ou partielle (droits réels principaux autres que la propriété), l'appropriation de fait des richesses pourrait de même comprendre à côté de la possession totale à titre de propriétaire, des possessions partielles ou démembrées à titre d'usufruitier, de titulaire d'une servitude etc...

Quoi qu'il en soit, la similitude de nature entre ces diverses possessions ne veut pas dire que les possessions partielles exercées par ceux qui se prétendent titulaires de droits réels démembrés produiront nécessairement les mêmes effets vis-à-vis de ces droits réels que ceux attribués par la loi à la possession à titre de propriétaire vis-à-vis du droit de propriété. La loi peut en effet attacher des effets plus ou moins étendus à la possession suivant son caractère et modeler sa réglementation sur la nature des droits dont la possession est l'exercice de fait : c'est ainsi que la possession de certaines servitudes ne peut conduire à l'acquisition de ces servitudes par prescription.

IV. - Sous l'influence de la même idée générale qui tend à faire de la possession l'exercice de fait d'un droit et à prendre pour type de la possession ce que les Romains nommaient *quasi-possessio juris*, on a de plus en plus admis l'extension de la notion de possession à des situations de fait qui ne comportent plus aucun pouvoir physique sur une chose corporelle, aucune maîtrise même partielle d'une telle chose, mais apparaissent comme l'exercice de fait, l'apparence extérieure de droits autres que les droits réels. C'est ainsi qu'une personne peut en fait apparaître comme créancière d'une autre, bien que n'ayant pas régulièrement contre elle de droit de créance; on dira alors qu'elle est possesseur d'une créance (art. 1240 C. civ.). Dans cet exemple, l'idée de maîtrise n'est pas encore complètement absente, à condition d'entendre cette maîtrise non au sens brutal et matérialiste d'une main-mise physique, mais comme une utilisation de fait exercée par une personne dans son intérêt exclusif ou un rapport extérieur permettant cette utilisation; seulement la maîtrise ici porte non sur une chose corporelle, mais sur la prestation due par le débiteur c'est-à-dire sur une portion de l'activité économique de celui-ci.

Il y a d'autres situations de fait où cette idée disparaît tout à fait, par exemple la possession d'état.

En définitive, le droit moderne tend à étendre la notion de possession à tous les cas où la loi fait produire des effets à l'exercice apparent d'un droit sans exiger la preuve que le droit exercé existe bien en réalité. (V. Ravail, thèse citée, p. 15 ; Ferradou, thèse citée, p. 177). Mais cette extension est loin d'être universellement admise. Bien que les termes de possession de créance, possession d'état, etc... soient employés par les Codes, la plupart des auteurs se refusent à admettre ces expressions autrement que comme des métaphores.

En réalité, il est possible de concevoir que la loi prenne en considération l'exercice de fait des droits autres que les droits réels; mais le droit ne peut attacher les mêmes effets ou des effets analogues à l'exercice de fait de tous les droits quelle que soit leur nature; il y a autant de possessions qu'il y a de droits susceptibles d'être exercés en fait par des personnes qui n'en sont pas titulaires; et ces possessions

diffèrent à la fois par leurs éléments et par leurs effets. La possession totale ou partielle des choses qui consiste dans l'appropriation de fait des richesses et apparaît comme l'exercice de fait d'un droit réel principal (propriété ou droit réel démembré de la propriété) s'oppose à ce qu'on appelle la possession de créances ou la possession d'état dans la même mesure où les droits réels s'opposent aux droits de créance ou aux droits de famille. Par contre de même que les droits réels, les droits de créance et ce qu'on appelle les droits réels intellectuels peuvent malgré leurs caractères spécifiques particuliers être englobés dans une même catégorie sous le nom de droits patrimoniaux par opposition aux droits de famille, ou aux droits de national ou de citoyen, de même la possession des choses, la possession des créances ou plus exactement des services ou prestations, et celle des productions de l'esprit humain, présentent des caractères communs en ce qu'elles ont pour objet une valeur économique susceptible d'une utilisation privative par une personne et par là s'opposent à la possession d'état qui affecte la qualité du sujet de droit lui-même.

L'exercice de fait de tous les droits patrimoniaux se traduit par une maîtrise sur un élément extérieur à la personnalité du sujet de droit et ayant une valeur économique; mais tantôt cette maîtrise s'exerce sur une chose corporelle et consiste dans le fait de retirer ou dans la possibilité de fait de retirer de cette chose tout ou partie des utilités qu'elle comporte, sans d'ailleurs qu'il y ait nécessairement un rapport physique, corporel entre le possesseur (ou son représentant) et la chose dont s'agit; tantôt elle s'exerce sur l'activité économique d'une autre personne, sur une prestation due par celle-ci; tantôt enfin elle s'exerce sur une production de l'esprit susceptible d'utilisation économique privative ou si l'on veut d'appropriation; la possession est alors respectivement l'exercice de fait d'un droit réel proprement dit, d'un droit de créance ou de ce qu'on appelle un droit réel intellectuel. Dans ce dernier cas, la possession paraît présenter quelque analogie avec la possession des choses, ou pour employer la terminologie de la doctrine moderne, des droits réels proprement dits; en effet, ainsi que nous l'avons déjà signalé (V. supra, p. 109) et que nous le verrons avec plus

de précision plus loin (V. infra, 2e part., Ch. IV, Sect. III, § 6) les œuvres de l'esprit ne sont susceptibles d'appropriation, d'utilisation privative et exclusive soit en fait soit en droit que lorsqu'elles s'expriment dans un objet extérieur, moyen de reproduction ou symbole susceptible d'un usage privatif; dès lors la possession ou le droit paraissent porter sur une des utilités de cet objet extérieur considéré non plus en lui-même mais comme manifestation d'une idée utile; on a même pu pousser cette idée à l'extrême et considérer les droits de propriété intellectuelle comme portant en définitive sur des objets corporels susceptibles d'une utilisation particulière (V. Delvas, thèse citée, *Du gage des choses incorporelles en matière civile et commerciale*).

Faisons ici remarquer qu'il peut exister un phénomène analogue en matière de possession de créance, lorsque l'activité du débiteur qui fait en définitive l'objet de cette possession s'est en quelque sorte incorporée, matérialisée dans un titre permettant d'obtenir une prestation; la possession de la créance paraît alors s'identifier avec la possession du titre, donc avec la possession d'une chose corporelle ou l'exercice de fait d'un droit de propriété sur ce titre; c'est le cas des créances constatées par des titres au porteur. Nous reviendrons d'ailleurs ultérieurement sur ce point.

V. - Pour en revenir à la possession des choses matérielles, nous dirons qu'en droit français elle apparaît comme l'exercice de fait des divers droits réels pouvant porter sur ces choses et comprend deux éléments : un élément corporel qui consiste dans une utilisation de fait de la chose se traduisant par des actes extérieurs sans d'ailleurs supposer nécessairement une main-mise physique actuelle ou même une possibilité physique de main-mise immédiate; et un élément intentionnel, la volonté extérieurement manifestée de s'approprier tout ou partie des utilités de la chose et ainsi de se comporter en titulaire d'un droit réel sur cette chose.

L'élément de fait qui par son union intime avec l'élément intentionnel constitue la possession n'est pas toujours immuablement le même; si dans la plupart des cas cet élément suppose un contact matériel, une main-mise physique du possesseur (ou de son représentant, le détenteur,

v. le § suivant) il n'en est pas toujours ainsi ; d'une part, cette maîtrise corporelle peut en fait exister concurremment avec l'élément intentionnel sans qu'il y ait possession ou tout au moins sans que cette possession produise tous ses effets juridiques; c'est ainsi que la loi prive la possession de certains de ses effets lorsque l'élément de fait est atteint des vices de violence, ou de clandestinité; d'autre part, la loi peut dans des cas déterminés imposer les caractères auxquels il reconnaîtra l'existence de l'élément de fait, du *corpus* et placer ces caractères ailleurs que dans un rapport matériel ; l'élément de fait peut donc consister suivant les cas soit dans un contact matériel de la personne et de la chose, soit dans un contact où la chose est représentée par un titre juridique adéquat, ou par une formalité juridique également adéquate; nous avons vu des exemples de ces cas dans la possession résultant de la détention d'un warrant, de la lettre de voiture ou du connaissement ou d'une formalité comme la mutation en douane pour les navires; rappelons seulement à ce sujet qu'une fois le fait possessoire existant avec les caractères voulus par la loi, les effets de la possession seront les mêmes, quelle que soit la variante de l'élément de fait.

§ 2. *La notion de détention en droit privé français.* — I. - Nous avons vu plus haut que les actes par lesquels se manifeste l'élément de fait de la possession pouvaient être accomplis par une personne qui ne prétendait pas s'approprier pour elle-même les utilités de la chose mais agissait das l'intérêt d'une autre personne qui avait seule la qualité de possesseur; nous avons également indiqué qu'on désignait par le terme technique de détention la situation de celui qui exerce ainsi l'élément de fait de la possession, le *corpus* sans y joindre l'élément intentionnel, l'*animus*.

La détention qualifiée parfois par le Code de *possession précaire*, de possession pour autrui ou par un singulier pléonasme de détention précaire n'a nulle part été définie directement par la loi française. Il résulte cependant des expressions du Code civil et notamment des articles 2229, 2231 et 2236 qu'elle apparaît comme une situation de fait dont l'élément matériel est absolument identique à celui que suppose la possession proprement dite, mais à laquelle le

Droit refuse de faire produire les effets qu'il attache à la possession parce que la personne qui accomplit ainsi sur une chose des actes matériels de jouissance, de transformation ou d'usage,... n'a pas l'intention de se comporter en titulaire d'un droit réel sur cette chose mais agit au contraire avec la permission et pour le compte de celui qui a ou prétend avoir ce droit réel.

II. - Cette définition essentiellement négative serait cependant complète d'après certains auteurs pour qui la notion de détention n'aurait pas d'existence autonome et ne produirait pas par elle-même d'effets juridiques positifs. Citons à ce sujet Aubry et Rau (II, § 177) « Lorsqu'une personne tient de fait une chose sous sa puissance sans avoir l'intention de la soumettre à l'exercice d'un droit réel, ce fait prend plus particulièrement le nom de possession naturelle ou de détention. *La détention ne produit par elle-même aucun effet juridique.* Si le détenteur est autorisé à repousser par la force, les actes agressifs dirigés contre la chose qu'il détient et à demander au moyen de la réintégrande, la restitution de cette chose, lorsqu'il en a été dépouillé par voies de fait, sa détention n'est cependant que l'*occasion* et non la *cause* de ces *droits* dont le premier dérive du principe de légitime défense, le second de considérations d'ordre public : *Spoliatus ante omnia restituendus.* Si d'un autre côté, le détenteur jouit en certains cas de la faculté de retenir la chose qu'il détient et d'en refuser la restitution jusqu'au remboursement de ce qui peut lui être dû à l'occasion de cette chose, *il ne puise pas cette faculté dans la détention même mais dans une créance dont l'origine se rattache à cette détention.* »

Il est impossible d'être plus net et plus clair : la détention ne produit pas d'effets juridiques; elle n'est donc pas un fait juridique mais un fait purement matériel qui peut présenter des analogies extérieures avec le fait juridique de la possession, mais auquel la loi n'attache aucun des effets de celle-ci parce qu'il lui manque l'élément intentionnel.

Cette manière de voir est-elle tout à fait exacte? Il est permis d'en douter : les deux éminents auteurs dont nous venons de rapporter l'opinion reconnaissent eux-mêmes que certaines prérogatives sont reconnues au détenteur « à

l'occasion » de sa détention; ils ajoutent, il est vrai, que celle-ci n'en est pas la *cause* et voient cette cause soit dans certains principes qu'ils indiquent (légitime défense, ordre public), soit dans un droit préexistant (droit de créance). Il nous semble qu'il y a là une confusion commise d'ailleurs dans d'autres domaines; ainsi que nous l'avons déjà indiqué plusieurs fois, la *cause* (au sens d'élément générateur) de toutes les situations juridiques est, sur le plan technique, la loi ou plus exactement le droit positif, ou encore les sources formelles du droit; c'est la loi au sens large de ce terme qui attache des effets de droit plus ou moins étendus soit à un acte soit à un fait juridique. Seulement la loi est ainsi amenée à faire produire les effets à tel acte ou à tel fait juridique à raison de certains motifs ou plus exactement de certaines données scientifiques qui s'imposent au législateur et sont tantôt d'ordre expérimental et tantôt d'ordre rationnel; ces dernières sont constituées par un ensemble de principes (légitime défense, ordre public, autonomie de la volonté et liberté contratuelle, enrichissement sans cause, etc...) qui ne sont que des manifestations variées de la notion de Droit. Ces données tant expérimentales que rationnelles sont bien, par l'intermédiaire de la loi et des actes ou des faits juridiques qui mettent en mouvement pour un cas particulier les dispositions légales, les sources lointaines de ses diverses situations juridiques; ce sont là ainsi que nous l'avons indiqué les sources réelles des règles de droit. Mais la source immédiate de telle ou telle situation juridique est bien l'acte ou le fait juridique *à l'occasion* duquel cette situation « construite » en quelque sorte *in abstracto* par le législateur sur la base du « donné » des sources réelles, s'applique concrètement à tels ou tels individus déterminés. Dire qu'*à l'occasion* de la détention, certaines prérogatives légales sont reconnues au détenteur, c'est donc bien dire que la détention est un fait juridique.

Sans doute les divers effets positifs que le droit français reconnaît à la détention ne se produisent que si celle-ci est accompagnée de diverses circonstances; mais, ainsi que nous avons déjà eu l'occasion de le noter, il en est de même de la plupart des faits juridiques et notamment de la possession : par exemple, pour conduire à l'acquisition de la pro-

priété par la prescription, la possession doit présenter certains caractères énumérés dans l'article 2229 du Code civil; elle doit en outre être accompagnée d'un juste titre et de bonne foi pour la prescription de dix à vingt ans; de même pour l'exercice des actions possessoires, elle doit remplir certaines conditions.

Il n'est donc pas exact de dire que la notion de détention n'a qu'un rôle négatif.

III. - Avant d'examiner le rôle positif de la détention et les effets que la loi attache à ce fait juridique au profit ou à l'encontre du détenteur, il convient d'ajouter qu'envisagée au point de vue de la possession, la détention à un double aspect suivant qu'on la considère au point de vue du détenteur ou de celui de qui et pour le compte de qui il tient la chose; en ce qui concerne le détenteur l'absence d'*animus domini* l'empêche avons-nous dit de se prévaloir des effets juridiques de la possession; en ce qui concerne la personne qui lui a remis la chose, cette personne reste possesseur bien qu'elle n'exerce plus par elle-même les actes matériels de jouissance, d'usage, etc... qui constituent l'élément corporel de la possession et que ces actes soient accomplis par le détenteur; aussi dit-on que celui-ci agit pour le compte du possesseur ou encore que les actes dont s'agit peuvent être accomplis non seulement par le possesseur lui-même mais encore par son représentant, le détenteur.

La détention est donc une application à l'élément corporel de la possession de la notion de représentation; la représentation est en effet « une institution juridique en vertu de laquelle sur le fondement d'éléments de faits conventionnels ou légaux une personne a le pouvoir d'accomplir directement pour le compte d'une autre des opérations matérielles et juridiques » (J. Bonnecase, *Traité de Dr. comm. maritime*, n° 423 bis, p. 438 et 439; *Précis de Droit civil*, I, n° 306 et s.), en sorte que les effets juridiques attachés aux actes ou aux faits accomplis par le représentant se produisent immédiatement et directement non en la personne de celui-ci mais en celle du représenté.

A vrai dire, on ne peut admettre que le détenteur est un représentant du possesseur qu'en repoussant une opinion de plus en plus abandonnée et qui exigeait pour qu'il y ait

représentation une manifestation de volonté réelle ou fictive du représenté confiant au représentant le soin d'agir pour son compte; cette manifestation de volonté peut en effet ne pas exister chez le possesseur par exemple lorsque le détenteur sera l'administrateur légal du patrimoine d'autrui (V. plus loin l'analyse des cas de détention). Mais on admet aujourd'hui de plus en plus que la loi qui organise la représentation comme toutes les autres institutions juridiques peut le faire soit sur la base d'une manifestation de volonté du représenté (mandat) soit indépendamment de cette manifestation (représentation des incapables) (V. sur ce point, Madray, *De la représentation en droit privé*, Thèse, Bordeaux, 1931, p. 133 et s.; p. 169 et s.).

En admettant qu'il y a représentation du possesseur dans la détention, on se heurte également à une autre théorie qui semble encore admise au moins en Droit français par la grande majorité de la doctrine et qui n'admet la représentation que pour les actes juridiques; c'est ainsi que Madray (Thèse citée, p. 158) n'admet la représentation pour les opérations matérielles accomplies par le représentant que lorsqu'elles sont « destinées à permettre ou à faciliter la réalisation des actes juridiques », par exemple pour les actes accomplis par le capitaine de navire, représentant légal de l'armateur (Thèse citée, p. 89 et s.); nous avouons ne pas comprendre très bien pourquoi, une fois admis que la loi est en définitive la source unique des effets produits par les actes ou faits juridiques, il y aurait représentation lorsqu'un acte juridique étant accompli par une personne pour le compte d'une autre, la loi fait produire les effets attachés à cet acte non dans la personne de celui qui l'accomplit mais dans la personne de celui pour le compte duquel il a été accompli, et pourquoi il n'y aurait pas représentation lorsqu'un acte matériel dont la loi fait un fait juridique, étant accompli par une personne non pour son compte, mais pour le compte d'autrui, les effets attachés par la loi à ce fait juridique se produisent non en la personne de celui qui l'a accompli mais en la personne de celui pour le compte duquel il a agi. Remarquons d'ailleurs que l'élément corporel commun à la possession et à la détention peut comporter non seulement, des actes matériels d'usage, de jouissance, de

transformation, etc., mais encore des actes juridiques qui apparaissent comme l'exercice de fait du droit de propriété ou d'un autre droit réel et qui traduisent une main-mise, une appropriation de fait de la chose; c'est ainsi que le fait de louer ou de vendre une chose en s'en déclarant propriétaire peut apparaître comme une manifestation extérieure de possession au même titre qu'un acte matériel de jouissance ou de consommation. Nous persistons donc à voir dans l'accomplissement par une personne pour le compte d'une autre personne des actes matériels ou juridiques dans lesquels s'exprime la maîtrise de fait de cette seconde personne sur une chose, c'est-à-dire dans la détention, une application de l'institution juridique de la représentation au fait juridique de la possession.

En conséquence les actes de jouissance, d'usage etc... accomplis par le détenteur doivent être considérés par rapport à lui, comme la manifestation d'un *pouvoir* au sens strict (V. sur la distinction du pouvoir et de la capacité, Madray, thèse citée, p. 202) c'est-à-dire d'une puissance juridique d'action reconnue par la loi ou par la convention à une certaine personne *dans l'intérêt d'une autre* qui bénéficiera *directement* du résultat juridique de cette activité. La conséquence est que *vis-à-vis des tiers* les actes accomplis par le détenteur produisent les mêmes effets que s'ils étaient faits par celui dans l'intérêt duquel il agit et qui peut seul s'il a l'*animus domini* se prévaloir de la situation juridique de possesseur. La détention fait naître aussi des rapports entre *détenteur et possesseur* identiques à ceux existant entre représentant et représenté : c'est ainsi que le détenteur a l'obligation sous sa responsabilité d'accomplir des actes de possession dans l'intérêt du possesseur et que son pouvoir de faire ces actes, corrollaire de cette obligation est limité par le but poursuivi par la loi ou par les parties en le lui conférant; de même la loi impose au détenteur et au possesseur, comme au représentant et au représenté, certaines obligations destinées, une fois accomplis les actes matériels ou juridiques pour lesquels la représentation a été admise, à rétablir l'équilibre entre leurs patrimoines respectifs et à mettre le fait d'accord avec le droit : obligation pour le détenteur de rendre compte, c'est-à-dire de restituer au possesseur la

chose et les utilités qu'il en a retirées pour le compte de celui-ci; obligation pour le possesseur de rembourser au détenteur les dépenses qu'il a faites dans son intérêt.

Seulement à sa qualité de représentant du possesseur le détenteur ajoute parfois d'autres qualités et la détention produit en droit français des effets variables; nous verrons qu'il faut à ce sujet distinguer les cas de détention pure et ceux où vient s'ajouter un élément externe; mais avant d'aborder ce point, il nous faut examiner brièvement les éléments constitutifs du fait juridique de détention.

IV. - Nous connaissons déjà les deux éléments qui constituent la possession : élément de fait ou *corpus*; élément intentionnel ou *animus*. Il semble à première vue que dans la détention, seul l'élément matériel, le *corpus* doive subsister. Il n'en est rien : tout le monde admet qu'une simple relation de fait entre une personne et une chose en l'absence complète de tout élément intentionnel n'est ni détention ni possession et ne saurait intéresser le Droit.

A la vérité peu d'auteurs se sont intéressés à la détention ou possession précaire comme la dénomme le Code civil.

On peut à peine citer en Droit français une seule monographie consacrée à la détention, déjà ancienne et manifestement écrite sous la double influence du premier ouvrage d'Ierhing et des conceptions de l'Ecole de l'Exégèse; c'est la thèse de Louis Selosse : *Essai sur la possession précaire* (Thèse, Douai, 1874).

D'après cet auteur, les éléments de la détention ou possession précaire seraient au nombre de quatre : 1° la détention physique, le *corpus*; 2° l'intention de rapporter à autrui le bénéfice de cette détention; 3° la manifestation de cette reconnaissance d'un droit supérieur et étranger par un fait juridique (terme employé par Selosse dans un sens large) tel qu'une convention ou une qualité personnelle du détenteur; 4° durée de la détention expliquée par ce fait juridique (V. thèse citée, p. 80).

En indiquant ces divers éléments, Selosse ne fait que décomposer la définition donnée par Aubry et Rau (II, p. 124, § 180) : « Le possesseur précaire est celui qui détenant une chose en vertu d'une convention ou d'une qualité d'après laquelle il est obligé de la restituer après l'expiration du

terme fixé par la convention ou lors de la cessation de sa qualité, la possède pour le compte d'autrui ».

Appliquant une distinction dont le germe se trouve dans tous les ouvrages d'ensemble, Selosse distingue deux sortes de détenteurs : ceux occupant une position mixte qui sont de simples détenteurs à un point de vue mais qui envisagés à un autre sont des possesseurs *cum animo domini* et les simples détenteurs.

Les premiers sont ceux dont la détention a pour cause la constitution d'un droit réel autre que la propriété. Ces personnes ne prétendent pas se comporter en propriétaires mais en titulaires d'un droit réel démembré de la propriété sur la chose qu'ils détiennent; ils ont donc selon une terminologie que nous avons critiquée la *possessio juris*, la possession de ce droit réel, et peuvent pour la défense de cette possession, intenter les actions possessoires; elle leur permet d'acquérir ce droit par prescription, lorsque cette acquisition est permise par la loi, ou, en matière mobilière, d'invoquer ce droit contre les tiers malgré le défaut de droit du constituant, conformément à l'article 2279 du Code civil. Mais au point de vue de la *possessio rei* ou de la possession du droit de propriété suivant la terminologie adoptée par la doctrine moderne, ils détiennent pour le compte du propriétaire ou du moins de celui qui se prétend propriétaire et se comporte comme tel; à ce point de vue, ils sont donc des détenteurs.

Cette théorie a été élaborée pour l'usufruitier. Selosse l'applique aussi à l'usager, au mari considéré comme usufruitier des biens propres de sa femme sous les régimes exclusifs de communauté et des biens dotaux sous le régime dotal, à l'antichrésiste, au superficiaire, à l'emphytéote (pp. 81 et s.).

Dans la seconde catégorie (simples détenteurs) il place : le locataire, le commodataire, le dépositaire, le séquestre, le mandataire, le commissionnaire, le capitaine de navire, le mari considéré comme mandataire de la femme pour l'administration des propres de celle-ci dans le régime de communauté ou des biens paraphernaux dans le régime dotal lorsque cette administration est laissée au mari (à noter que Selosse considère le mari comme possesseur

animo domini des biens de la communauté), le tuteur et les autres mandataires légaux, les envoyés en possession provisoire des biens de l'absent, le vendeur en cas de constitut possessoire (p. 91).

Les formules de Selosse nous paraissent traduire les conceptions dominantes de la doctrine française, non seulement de l'école de l'Exégèse qui régnait au moment où cette thèse fut écrite, mais encore de l'école scientifique qui sur ce point nous paraît avoir adopté purement et simplement les vues de ses prédécesseurs.

Bien entendu, nous ne pouvons sans déborder le cadre de cet ouvrage, procéder à une discussion approfondie de ces formules. Remarquons seulement que Selosse s'il prend pour point de départ dans sa détermination des éléments constitutifs de la détention la définition donnée par Aubry et Rau du possesseur précaire, se sépare de ces auteurs en ce qu'il reconnaît à la détention des effets positifs (p. 105); mais ceux qu'ils énumère (obligations de restitution, droit au remboursement des impenses, etc...) ne concernent que les rapports du détenteur et du possesseur et nullement ceux du détenteur avec les tiers.

Remarquons en outre que les quatre éléments indiqués par Selosse comme constitutifs de la détention peuvent se ramener aux deux éléments classiques, *corpus* et *animus* puisque la convention ou la qualité du détenteur sont en définitive les traits auxquels on reconnaît l'intention extérieurement manifestée par lui de posséder pour autrui et que la durée de la détention n'est que la conséquence de cette convention ou de cette qualité.

V. - En ce qui concerne l'élément de fait, le *corpus*, il est en principe identique dans la possession et dans la détention; il consistera donc pour le détenteur dans le fait de retirer ou d'avoir la possibilité matérielle de retirer d'une chose ou richesse tout ou partie des utilités qu'elle comporte; remarquons toutefois que lorsque la loi rive l'élément corporel de la possession soit à la détention d'un titre représentatif de la chose, soit à une formalité adéquate, comme par exemple la mutation en douane pour les navires, le *corpus* de la détention différera nécessairement de celui de la possession et consistera dans la maîtrise matérielle de la chose, étant entendu

que cette maîtrise s'exerce au profit du détenteur du titre ou de la personne que la formalité prévue désigne comme possesseur; ainsi par exemple en matière de crédit documentaire, le possesseur étant le porteur du connaissement, toutes les personnes qui seront en contact avec la chose et en auront la garde ou la surveillance seront des détenteurs; le *corpus* de leur détention sera caractérisé par leurs relations de fait avec la chose tandis que celui du possesseur se résumera dans la détention d'un connaissement régulièrement endossé à son profit.

VI. - L'élément intentionnel de la détention consiste d'après les auteurs dans l'intention pour le détenteur d'accomplir des actes de possession non pour son propre compte mais pour le compte d'une autre personne. Ce point mérite de retenir quelque peu l'attention.

Une personne peut accomplir sur une chose des actes matériels d'usage, de transformation ou simplement de conservation sur une chose uniquement dans l'intérêt d'autrui : c'est le cas du dépositaire, du mandataire, lorsque accessoirement aux actes juridiques qu'il est chargé d'accomplir pour le mandant, il manie la chose de celui-ci, de l'employé ou du préposé, de l'administrateur de la chose d'autrui (tuteur par exemple). Dans tous ces cas soit gratuitement soit contre une rémunération, une personne entre en contact avec une chose que lui confie une autre personne en vue de conserver dans l'intérêt de cette dernière, la maîtrise que celle-ci exerçait jusqu'ici personnellement sur cette chose. L'intention du dépositaire, du mandataire, etc... est donc très nettement d'exercer une main-mise sur la chose à eux confiée, au nom et pour le compte du déposant, du mandant, etc... qui doit seul en recueillir le bénéfice et qui seul peut se prévaloir des effets juridiques qui y sont attachés. Pour eux, la formule qui fait consister l'*animus* de la détention dans l'intention de posséder pour autrui est pleinement exacte.

Mais la situation est loin d'être toujours aussi simple. Nous avons indiqué plus haut que de même qu'il y avait des droits réels démembrés de la propriété, il y avait des possessions partielles absorbant seulement en partie les utilités de la chose possédée; nous savons aussi que ces posses-

sions sont ordinairement considérées comme ayant pour objet les droits réels démembrés dont elles sont l'exercice de fait (possession de l'usufruit, des servitudes etc...). Tantôt ces possessions partielles supposent de la part de leur titulaire un contact physique avec la chose exclusif de tout autre rapport corporel actuel de la part d'une autre personne; tantôt elles consistent dans des actes matériels compatibles avec une main-mise partielle exercée par une autre personne sur la chose; c'est ainsi que la possession des servitudes par exemple, ne fait pas obstacle à l'exercice de la possession à titre de propriétaire. Au contraire dans le premier cas dont l'exemple le plus net nous est fourni par la possession de l'usufruitier, celui qui prétend s'approprier les utilités de la chose non absorbées par le possesseur partiel, se trouve sans aucun rapport corporel actuel avec la chose; cependant il est lui-même un possesseur partiel et prétend avoir la nue-propriété; pour conserver cette possession, il lui faut accomplir certains actes matériels qui visent non la jouissance absorbée par le premier possesseur partiel, mais la substance même de la chose, objet de la nue-propriété; comme ces actes ne peuvent matériellement être accomplis par lui sans troubler la possession de l'usufruitier, la loi ou la convention obligeront l'usufruitier à les accomplir non pour son propre compte puisqu'ils visent la nue-propriété et qu'il n'y prétend point, mais pour le compte du nu-propriétaire ou prétendu tel. En ce qui concerne ces actes, l'usufruitier ou celui qui se comporte comme tel est donc un détenteur et on s'explique que la loi le range parmi les possesseurs précaires (art. 2236).

L'intention de posséder pour autrui peut donc parfaitement se combiner avec l'intention de s'approprier pour son propre compte une partie des utilités de la chose. On peut dire qu'il y a là une *détention partielle* qui se juxtapose à la *possession partielle* et n'en est d'ailleurs que l'accessoire.

Il est d'autres personnes que le droit français range parmi les détenteurs sans leur accorder la qualité de possesseurs partiels et qui paraissent cependant à première vue avoir l'intention de s'approprier au moins en partie les utilités de la chose sur laquelle ils exercent une maîtrise de fait. Ce sont notamment le locataire, le fermier, le commodataire dans le

prêt à usage. Ces personnes ne sont pas considérées en Droit français comme des possesseurs parce qu'elles ne prétendent pas avoir un droit réel sur la chose louée ou prêtée mais seulement un droit de créance contre le possesseur de cette chose qui s'est obligé à leur transférer certains des avantages qu'il retire de la chose; c'est pour faciliter l'exécution de cette obligation par le propriétaire ou prétendu tel, que la détention de la chose est remise au locataire ou au commodataire; désormais ils retirent eux-mêmes les utilités de la chose louée ou prêtée non pas en leur nom et pour leur compte mais pour celui du propriétaire; une fois ces utilités extraites de la chose pour ainsi dire, ils ont un droit de créance contre le propriétaire en vue d'obtenir le transfert de ces utilités dans leur propre patrimoine; ce transfert s'opère d'ailleurs, conformément aux principes de notre Droit, aussitôt que ces utilités existent à l'état distinct; c'est ainsi que le locataire acquiert jour par jour la jouissance de la chose louée; mais pour la jouissance future, il est dans la même situation qu'un acheteur d'une chose de genre non individualisée ou encore d'une chose future; il ne peut prétendre avoir de droit réel parce que son droit vise les fruits ou l'usage de la chose à l'état distinct (ou mieux encore et c'est ce qui le distingue de l'acheteur de récoltes sur pied, par exemple, le transfert de ces fruits ou de cet usage par le propriétaire) et que ces fruits ou cet usage n'existent pas encore au moment où il prend possession de la chose; et c'est ce qui distingue son droit de l'usufruit. lequel vise la chose en tant que productrice de fruits ou susceptible d'usage ou mieux l'usage et les fruits comme existant à l'état potentiel dans la chose même; c'est ce qui fait que l'usufruitier a un droit réel sur les éléments de la chose générateurs de la jouissance ou de l'usage; le locataire ou le commodataire ne pouvant s'approprier au moment de l'entrée en possession un objet qui n'existe pas encore c'est-à-dire la jouissance ou l'usage à l'état distinct ou plus exactement ne pouvant à ce moment considérer comme réalisé le transfert de propriété de cet objet auquel leur cocontractant s'est obligé à procéder, ne sont que des détenteurs; mais leur détention présente des caractères particuliers qui la rapproche de la détention partielle de l'usufruitier; elle est l'accessoire d'un droit de

créance au moins prétendu, de même que la détention de l'usufruitier est l'accessoire d'un droit réel au moins apparent. Cette détention spéciale exercée dans l'intention d'obtenir du possesseur l'exécution des obligations qu'il a contractées peut, suivant un terme que nous empruntons à Ierhing (*Role de la volonté dans la possession*, p. 254 et s.) être désignée sous le terme de *détention intéressée*. Elle s'oppose tant à la simple détention que l'on peut encore désigner (Iehring, loc. cit.) sous les termes de *détention pure* ou *par procureur*, qu'à la *détention partielle* accessoire d'une possession partielle, exercice de fait d'un droit réel démembré.

L'élément intentionnel de la détention ne se présente donc pas toujours avec les mêmes caractères; c'est d'après lui que l'on peut distinguer les trois grandes espèces de détention que nous venons d'énumérer.

Les effets juridiques attachés par la loi au fait juridique de la détention varieront également suivant la catégorie de détention dont s'agit; certains s'appliqueront à toutes les espèces de détention; ce sont ceux que nous avons déjà énumérés plus haut (V. supra, p. 278) comme conséquences de la notion même de détention, envisagée comme une application de l'institution de la représentation à l'élément corporel de la possession; ils seront en principe les seuls qui se produiront dans les cas de détention pure. Les autres au contraire, supposent qu'il s'agit d'une détention ayant pour le détenteur une valeur propre, c'est-à-dire lui facilitant l'exercice soit d'un droit réel, soit d'un droit de créance.

VII. - Il nous faut maintenant envisager séparément chacune de ces catégories aussi brièvement que possible, ce qui nous permettra de préciser les effets tant de la détention partielle que de la détention intéressée et d'aborder enfin le problème de la situation du créancier gagiste au regard des notions de possession et de détention.

A. - Il résulte de nos obervations précédentes que la détention *pure* ou par procureur n'est autre chose que l'exercice par une personne de la possession d'une autre pour le compte de cette dernière. Devront être rangés dans cette catégorie : les dépositaires et séquestres, les mandataires, les commissionnaires, les capitaines de navire, etc.., les adminis-

trateurs légaux des biens d'autrui (tuteurs, administrateurs de sociétés, etc...) parmi lesquels il convient de citer le mari comme administrateur tant des biens propres de la femme que des biens de la communauté, celle-ci étant considérée comme une société civile dotée d'une personnalité morale atténuée (V. Carbonnier, *Le régime matrimonial*, p. 336 et s.), ce qui nous permet d'éliminer les distinctions faites à ce sujet par Selosse (V. plus haut, p. 280), enfin les personnes liées au possesseur par un contrat de travail (domestiques, ouvriers et employés).

Dans tous ces cas, le détenteur n'a en principe aucun intérêt propre, n'est que l'instrument de la possession d'autrui.

Cependant, remarquons que le droit de ces détenteurs de se faire rembourser les dépenses faites dans l'intérêt du possesseur est garanti ordinairement par un droit de rétention; ils ont alors un intérêt propre à conserver la détention; en ce cas leur détention prend les caratères de la détention intéressée.

B. - a) La *détention partielle* résulte du fait qu'une personne prétend exercer un droit réel démembré sur une chose qu'elle a entre les mains, mais dont elle reconnaît ne pas avoir la propriété. En ce qui concerne les utilités de la chose qu'elle prétend s'approprier en vertu de son droit réel, elle a la qualité de possesseur partiel; pour la partie des utilités actuelles ou futures qu'elle ne prétend pas absorber mais que le propriétaire réel ou prétendu se trouve dans l'impossibilité de retirer ou de sauvegarder parce qu'il n'a pas la chose entre les mains, le possessur du droit réel démembré (expression au fond inexacte mais que nous employons ici pour la commodité et à défaut d'autre) est considéré comme détenteur pour le compte du propriétaire.

En conséquence 1° Ce possesseur-détenteur a qualité pour agir au nom du propriétaire pour la conservation de la chose et les actes qu'il fait dans ce but produisent effet à l'égard du propriétaire; si les actes de jouissance et d'usage qu'il accomplit en exerçant son droit sont susceptibles d'entraîner au point de vue de la possession des conséquences en ce qui concerne l'élément capital de la chose, il les produisent à l'égard du propriétaire prétendu (par ex., pour la prescrip-

tion); 2° il est tenu non seulement comme tout tiers de respecter la situation du possesseur de la propriété (expression également inexacte, employée par abréviation) mais encore en sa qualité de détenteur de veiller au maintien et à la conservation de cette situation; 3° il est tenu à restitution par une action personnelle, une fois son droit réel éteint et sa possession partielle terminée; 4° il a le droit de se faire rembourser par le propriétaire les dépenses faites dans l'intérêt de celui-ci pour la conservation de la chose.

Cette qualité de représentant du propriétaire quant à la possession partielle qui reste à celui-ci après le démembrement opéré à la fois dans la propriété et dans la possession par la création du droit réel démembré, est imposée par la loi au titulaire de ce droit comme une condition de sa propre possession parce qu'elle est un élément nécessaire de l'aménagement des deux possessions; on peut à ce point de vue rapprocher l'institution de la détention partielle des obligations *propter rem* ou obligations réelles qui elles aussi sont imposées aux titulaires de droits réels en cette qualité, parce que nécessaires pour l'aménagement de plusieurs droits réels s'exerçant sur une même chose ou sur des immeubles contigus (V. sur cette notion, J. Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, V, p. 314-436; *Précis de Droit civil*, II, n° 132 et s., p. 158 et s.).

En tous cas, la raison d'être de la détention partielle (impossibilité d'un exercice direct simultané des deux possessions) explique que la représentation qu'elle implique soit limitée aux actes de possession que le propriétaire ou prétendu tel, se trouve dans l'impossibilité d'accomplir lui-même sans entraver la possession du titulaire apparent du droit réel.

Grâce à cet aménagement, les deux possessions coexistent comme les deux droits réels; mais l'une est directe ou immédiate; l'autre, en partie au moins indirecte ou médiate.

b) Le type du détenteur partiel est l'*usufruitier* : possesseur pour l'usage et la jouissance, ce qui lui permet à ce point de vue d'exercer les actions possessoires, d'invoquer l'article 2279, d'acquérir l'usufruit par la prescription lorsque son titre est vicié, par exemple par le défaut de propriété du constituant (V. à ce sujet, Planiol, *Traité élémentaire*, I,

n° 2758 à 2760, p. 902 et 903), il est possesseur précaire ou détenteur quant à la nue-propriété ou plus exactement si nous osons employer ce terme quant à la nue-possession (art. 2236 C. civ.).

Enumérons brièvement les conséquences de cette qualité : 1° A raison des actes de jouissance et d'usage accomplis par le titulaire réel ou apparent de l'usufruit, en sa double qualité de possesseur et de détenteur, le nu-propriétaire prétendu peut invoquer la prescription, l'article 2279, intenter les actions possessoires. La Jurisprudence admet que l'usufruitier représente le nu-propriétaire pour les actes conservatoires (exercice d'une servitude pour en empêcher l'extinction, poursuites contre des tiers, etc...) que l'usufruitier est seul à même d'accomplir; mais non pour ceux que le nu-propriétaire peut accomplir directement, tel l'assurance qui est sans doute un acte juridique mais peut également être envisagée comme une manifestation d'appropriation ou de possession vis-à-vis de la chose assurée indépendamment de sa validité comme acte juridique. Planiol (*Traité élémentaire*, I, n° 2830) explique cette représentation dans les cas où elle est admise par l'idée d'un mandat tacite; nous avons accumulé par ailleurs assez de griefs contre la notion de contrat tacite pour nous permettre de la rejeter ici sans discussion; elle est d'ailleurs totalement inadmissible dans les cas très fréquents en pratique, d'usufruit légal, si l'on admet avec la doctrine récente que le mandat ne peut jamais être que conventionnel (J. Bonnecase, *Précis de Droit civil*, I, n° 307; Madray, *De la représentation en droit privé*, thèse citée, p. 16 et s.; 164 et s.).

2° L'usufruitier est tenu de veiller à la conservation de la chose et a notamment l'obligation de dénoncer au nu-propriétaire les usurpations venant des tiers et concernant la propriété (art. 614 C. civ.); il est également tenu à restitution, bien entendu en ce qui concerne les utilités non absorbées par lui en vertu de son droit, et quand celui-ci a pris fin.

3° Il a droit au remboursement des dépenses faites pour la conservation de la chose mais non des améliorations (art. 599 C. civ.) parce qu'il ne représente le propriétaire qu'au premier point de vue, de réclamer une indemnité pour les

grosses réparations qu'il a fait effectuer à défaut du propriétaire (Douai, 2 décembre 1834, S, 35, 2, 29; Toulouse, 9 février 1865, S, 65, 2, 160; D, 66, 2, 19; Cass., 20 juin 1835, S, 36, 1, 34).

c) Dans la catégorie des détenteurs partiels qui sont en même temps des possesseurs partiels, il faut ranger, à côté de l'usufruitier, l'usager, l'habituaire, l'emphytéote, le superficiaire. La presque unanimité de la doctrine y fait figurer également le créancier gagiste ainsi que nous le verrons plus loin et certains auteurs ajoutent à cette liste l'antichrésiste, dont nous ne nous ocuperons pas pour l'instant, nous réservant de dire quelques mots de l'antichrèse lorsque nous comparerons le gage avec les autres institutions du droit du crédit. Nous avons vu également que Selosse range dans cette catégorie, le mari considéré comme usufruitier des biens propres de sa femme ou des biens dotaux; pour nous l'usufruit, si usufruit il y a, est exercé par le mari non en son nom mais comme administrateur de la communauté ou plus exactement de la société conjugale et c'est à celle-ci qu'appartient un droit de jouissance qu'on peut si l'on veut assimiler au droit réel d'usufruit sur les biens propres des époux; c'est donc elle également qui aura en ce qui concerne ces biens et leur jouissance la possession et la détention partielles que nous avons reconnues à l'usufruitier.

C. - La *détention intéressée* est le fait pour une personne d'accomplir sur une chose des actes de possession pour le compte d'une autre qui est tenue personnellement envers la première à lui transférer sous certaines conditions, le profit de tout ou partie des utilités ainsi retirées de la chose.

Ainsi que nous l'avons déjà indiqué cette détention a pour but de faciliter l'exécution des obligations contractées par le possesseur envers le détenteur; pour cela on admet une double représentation : 1° le locataire, commodataire, etc... représente le propriétaire ou prétendu tel dans l'exercice de sa possession; en cette qualité, il retire de la chose les avantages qu'elle comporte, en use et en jouit; 2° il le représente aussi dans l'exécution de ses obligations envers lui envisagé en tant que créancier, situation qui rappelle le contrat avec soi-même conclu par un représentant (Madray, thèse citée,

p. 243, refuse d'y voir une application de la représentation; l'idée de personnalités juridiques distinctes qu'il met en avant à ce sujet suppose cependant le jeu de la représentation puisque le représentant est considéré à la fois en tant que tel et comme titulaire d'un patrimoine propre).

De cette corrélation avec une obligation du possesseur, la détention tire une physionomie spéciale et apparaît en quelque sorte comme une possession d'ordre inférieur. Si l'on s'en était tenu à la doctrine classique d'après laquelle les droits de créance ne peuvent jamais être opposés aux tiers, il aurait fallu décider que le créancier ne pouvait jamais opposer aux tiers cette détention qui lui avait été procurée par le possesseur ni la défendre contre eux. D'autre part, dans les rapports entre le créancier et le débiteur, il semble que le premier n'aurait pu s'opposer à la demande du second en restitution de la chose que dans la mesure où le lui permettent les conventions intervenues entre eux sans que jamais le créancier put tirer avantage de sa détention pour renforcer ses droits. Une telle conception aurait été la négation de la notion de détention intéressée comme notion juridique autonome. Mais ce n'est pas celle qui a triomphé en législation et en Jurisprudence; celles-ci ont reconnu que les actes accomplis par le détenteur produisent même vis-à-vis des tiers certains effets en sa personne; en effet le droit de créance devient opposable aux tiers toutes les fois qu'il est en relation avec un bien particulier du débiteur, ce qui est ici le cas.

C'est ainsi que la Jurisprudence a admis que le détenteur intéressé (fermier ou locataire) pouvait faire respecter des tiers sa détention et lui a reconnu, au cas où il serait dépossédé par violence, l'action en réintégrande.

La complainte qui reste l'action possessoire par excellence ne peut compéter au détenteur qui en cas de simple trouble devra s'adresser au possesseur (bailleur par exemple) qui est tenu de le faire cesser; mais une telle procédure risquerait d'être trop lente et préjudiciable aux intérêts du preneur en cas de dépossession violente, ce qui a amené à lui conférer la réintégrande; celle-ci n'en reste pas moins quoi qu'on en ait dit, une action possessoire.

En second lieu la loi et la Jurisprudence admettent que le détenteur intéressé a le droit de conserver la détention de la

chose, tant que cela est nécessaire pour l'exercice de son droit de créance et ce droit de rétention est opposable aux tiers (art. 1749 C. civ.).

Lorsqu'un détenteur intéressé se trouve en conflit avec un autre créancier ayant droit au même objet et dont la créance est née antérieurement à la sienne propre, par exemple au cas de conflit entre deux locataires d'un même local, la Jurisprudence admet, ne pouvant appliquer ici quant à l'exécution en nature, le principe de l'égalité entre les créanciers, que le créancier premier en date mais qui n'a pas la détention de la chose, ne peut réclamer l'exécution en nature de l'obligation contractée envers lui par le possesseur, à l'encontre et au détriment de celui qui a déjà reçu cette détention.

Enfin les diverses dispositions légales récentes relatives à la prorogation des baux à loyers d'habitation ou au renouvellement des baux commerciaux peuvent être considérées comme ayant attribué des effets juridiques importants à la détention par le locataire des lieux loués; c'est ainsi qu'en matière de locaux d'habitation, ces lois accordent divers avantages aux locataires en possession (ce mot étant pris dans un sens large) des lieux loués, au moment de leur promulgation; et elles viennent même modifier en leur faveur, les conditions de leur titre, c'est-à-dire du contrat de bail qui se trouve à l'origine de leur détention; ces effets sont même opposables aux tiers qui auraient contracté avec le propriétaire à une date antérieure à la loi.

D'autre part, les caractères particuliers de la détention intéressée viennent modifier certains effets produits ordinairement dans les relations entre possesseur et détenteur par la détention; l'obligation d'agir dans l'intérêt du possesseur n'existe que pour certains actes de possession; pour d'autres qui sont uniquement destinés à assurer la satisfaction des intérêts du détenteur, celui-ci a la faculté de les accomplir ou non; il n'est tenu à restitution qu'une fois les obligations du possesseur envers lui complètement exécutées; par contre, il ne peut demander au possesseur le remboursement de certaines dépenses qui concernent bien la chose mais qui, en fait, ne profitent qu'au détenteur.

Par ces traits, la détention intéressée se rapproche de la possession partielle, bien que le locataire, le commodataire, etc... ne prétendent pas s'approprier la chose ni avoir sur elle un droit réel démembré et qu'ils ne puissent pas invoquer la plupart des effets de la possession, notamment les actions possessoires autres que la réintégrande ou l'article 2279 du Code civil.

Cela tient à ce que la chose du possesseur est dans une certaine mesure entrée dans le patrimoine du détenteur, mais au même titre que celui auquel figure dans le patrimoine d'un créancier une chose ou une valeur quelconque appartenant à son débiteur et sur laquelle il a un droit de rétention ou un autre droit de créance à gage spécialisé.

La catégorie des détenteurs intéressés comprend le fermier et le locataire, le commodataire et d'après les auteurs qui ne considèrent pas l'antichrèse comme un droit réel, l'antichrésiste.

Le fermier et le locataire n'ont tout au moins en Droit français qu'un droit de créance (art. 1719, 1721 C. civ.); ils ont le droit non de jouir de la chose, comme l'usufruitier ou l'usager, mais d'obliger le propriétaire, ou plus généralement le bailleur à les en faire jouir. Celui-ci par le contrat de bail contracte deux obligations dont l'une est l'accessoire de l'autre : 1° celle de fournir au locataire ou fermier les revenus ou utilités de la chose; on dit généralement que c'est là une obligation de faire; cependant elle ressemble par certains côtés à une obligation de « donner » c'est-à-dire de transférer un droit réel, par exemple dans le bail à ferme, à une vente à livrer des fruits (V. sur la notion de vente à livrer J. Bonnecase, Traité de Droit comm. marit.) p. 262, n° 258).

2° celle de procurer au locataire ou fermier la détention de la chose, de l'y maintenir et de le constituer son représentant tant pour l'exercice de sa possession que pour l'accomplissement de son obligation envers lui.

En sa qualité de détenteur, le fermier ou locataire a le pouvoir de faire certains actes pour le compte du bailleur; il en est ainsi des actes de jouissance et d'usage malgré les apparences contraires : ils produisent à l'égard du bailleur tous les effets que produiraient des actes de possession ac-

complis par lui-même; lui seul a les actions possessoires (en dehors de la réintégrande) et prescrit (art. 2236); en cas de troubles de la possession, c'est lui qui doit intervenir (art. 1727). On reconnaît aussi au locataire ou fermier en cas d'urgence le pouvoir de faire faire les réparations incombant au propriétaire et d'en obtenir le remboursement; il est inutile de faire intervenir ici l'idée d'un mandat tacite ou d'une gestion d'affaires, car le locataire agit alors dans ses fonctions si l'on peut dire de représentant du bailleur dans l'exercice de la possession de celui-ci.

Mais la détention du locataire est comme nous l'avons indiqué plus haut, liée à l'existence à son profit d'un *droit indépendant* qui est personnel, au moins jusqu'à l'usage ou à la perception, mais est en relation avec un bien particulier du débiteur; nous avons déjà indiqué à propos de la notion de détention intéressée en général, les principales conséquences que l'on peut rattacher à cette situation : préférence accordée au locataire ou fermier le premier mis en possession, reconnaissance de l'action en réintégrande, transmission des obligations du bailleur à l'acquéreur de la chose (*obligatio scripta in rem*, art. 1743 C. civ.), droit de rétention (art. 1749).

Le commodataire ou emprunteur dans le prêt à usage se trouve dans une situation analogue; il a aussi une créance contre le prêteur qui s'est engagé à lui procurer la chose et à lui permettre de s'en servir pendant un certain temps et pour un usage déterminé. On dit, il est vrai, généralement que le commodat est un contrat unilatéral et ne fait naître immédiatement d'obligations qu'à la charge du commodataire; c'est ainsi que pour Planiol (II, n° 2057, p. 698) :

«En principe, le prêteur n'est obligé à rien; avant la livraison, aucun contrat ne lie les parties; après la livraison, l'emprunteur n'a plus rien à lui réclamer ».

Cependant le commodataire a certainement le droit de conserver la chose jusqu'à ce qu'elle ait rempli son usage et de s'en servir; ce droit ne peut provenir que d'un droit réel sur la chose ou d'un droit personnel contre le propriétaire de celle-ci; or personne n'admet que le commodataire ait un droit réel; c'est donc qu'il a contre le prêteur un droit de créance ayant pour objet une prestation d'usage; n'est-ce point d'ailleurs ce qu'admet Planiol lui-même (*Traité élém.*,

I, n° 2745) lorsque, rapprochant « *l'emprunteur dans le prêt à usage* » du locataire ou fermier, il écrit :... « leur droit de jouissance n'existe que sous la forme d'une *créance* qu'ils ont contre leur *prêteur* ou bailleur qui est leur *débiteur*, tenu de leur procurer sa chose et de leur permettre de s'en servir »?

C'est donc bien à raison de l'obligation contractée par le prêteur envers lui de lui laisser user de la chose que le commodataire détient; seulement comme la gratuité est de l'essence du prêt à usage (art. 1876 C. civ.) sans quoi il se transformerait en louage, cette obligation étant pour le prêteur sans contre-partie, n'est évidemment pas aussi rigoureuse que celle du bailleur de faire jouir paisiblement le locataire des lieux loués.

Il n'en reste pas moins que l'attribution de la qualité de détenteur au commodataire qui se sert incontestablement de la chose dans son intérêt propre est inexplicable si l'on n'a pas recours à la notion de détention intéressée, accessoire d'un droit de créance.

En définitive, alors que le simple détenteur et même le détenteur partiel pour la partie des utilités de la chose qui ne fait pas l'objet de sa possession partielle, ne sont que de simples instruments ou représentants de la possession d'autrui, le détenteur intéressé bénéficie du fait de la détention d'une protection spéciale et d'une situation juridique autonome, qui renforce son droit de créance et qui permet de le ranger parmi les créanciers chirographaires à gage spécialisé.

Section II.

Nature de la possession du créancier gagiste.

Il nous faut maintenant après l'examen peut-être un peu long mais qui nous a paru indispensable des notions de possession et de détention en droit français préciser la situation du gagiste au regard de ces notions.

Bien que les textes du Code civil et du Code de commerce parlent constamment de la « mise en possession » du créancier

gagiste on peut se demander si c'est bien là l'expression exacte et si le terme est pris ici dans son sens strict; le créancier gagiste qui ne prétend pas s'approprier la chose donnée en gage, à qui cette appropriation est même formellement interdite par les textes, est-il un véritable possesseur ou ne serait-il pas plutôt un détenteur ou possesseur précaire?

L'intérêt pratique de la question se concentre presque uniquement sur la possibilité pour le gagiste d'invoquer vis-à-vis des tiers l'article 2279 du Code civil au cas où le constituant n'était pas véritablement propriétaire de l'objet donné en gage (1). Nous savons que cet article ne peut être invoqué que par les possesseurs proprement dits, qu'il s'agisse d'une possession à titre de propriétaire ou à titre de titulaire d'un droit réel (usufruit par exemple) et non par les simples détenteurs. Nous savons aussi que la doctrine et la jurisprudence reconnaissent aujourd'hui presque unanimement au gagiste le droit de s'en prévaloir. Cependant il est indiscutable que le constituant continue de son côté à posséder par l'intermédiaire du gagiste. Celui-ci est donc considéré à la fois comme possesseur et comme détenteur. Il nous faut voir comment doctrine et jurisprudence ont concilié ces deux points de vue.

Le problème de la nature de la possession du créancier gagiste était rendu particulièrement ardu par la manière dont il était posé tant par les textes du Code civil que par l'évolution historique de la notion de possession dans le gage avant le Code. Sans prétendre faire œuvre d'historien du droit, il nous faudra à ce sujet avant d'aborder l'exposé et l'examen critique des conceptions doctrinales et jurisprudentielles, présenter quelques brèves observations sur cette évolution car il est certain que les conceptions antérieures, tout en étant complètement transformées par le droit actuel ont eu sur lui une certaine influence.

---

(1) On cite aussi l'impossibilité où se trouve le gagiste d'acquérir la propriété par prescription à raison de sa qualité de détenteur; nous n'insisterons pas sur ce point, à raison du rôle très limité de la prescription acquisitive en matière mobilière.

§ 1. *Données législatives et historiques.* - A. - *Les textes.* — Ainsi que nous venons de le dire, le Code civil et le Code de commerce parlent constamment de la « possession » du créancier gagiste.

En outre, de l'article 2102, il résulte que le bailleur dont le privilège n'est autre chose qu'un droit de gage, peut opposer celui-ci tant au tiers propriétaire des objets apportés par le locataire dans les lieux loués qu'au vendeur d'effets mobiliers non payé, si toutefois ces droits étaient ignorés du bailleur lors de sa mise en possession réalisée par l'entrée de ces objets dans son immeuble. Nous savons que l'on voit ordinairement là une simple application de l'article 2279.

D'autre part, nous avons vu que l'article 2079 du Code civil assimile le gagiste au dépositaire qui est incontestablement un détenteur.

C'est de ces textes que sont parties la Jurisprudence et la Doctrine pour déterminer la situation du gagiste au point de vue de la possession; mais d'autre part, elle ont été également influencées par l'évolution historique.

B. - *Observations sur l'évolution historique de la notion de possession dans le gage.* — Nous avons déjà vu en étudiant la notion de possession en général (V. plus haut, la section précédente, § 1) que le Droit Romain voyait dans le gagiste un *possessor rei*, et non un *quasi-possessor juris*; il avait seul les interdits possessoires à l'exclusion du débiteur; celui-ci n'avait plus la possession et n'était censé continuer à posséder en vertu d'une fiction qu'au seul point de vue de l'usucapion ou prescription acquisitive. Cette possession fut même reconnue au gagiste bien avant qu'on lui eut reconnu une action *in rem*, un droit réel, celui-ci n'ayant d'ailleurs été admis que sous l'influence de la création de l'hypothèque laquelle n'est apparue que postérieurement au gage (V. sur ce point, Girard, *Droit Romain*, p. 768 et s.). On peut donc dire qu'historiquement la possession du gagiste est indépendante de son droit réel.

Notre ancien Droit, autant qu'on peut en juger par les développements de Pothier (*Traité de la possession*, n° 13) se différenciait du droit romain en ce que le débiteur conservait la possession civile; le gagiste « ne possède pas la chose

qu'il tient à titre d'engagement *tanquam rem propriam*; il la possède au contraire *tanquam rem alienam* comme chose dont celui de qui il la tient par engagement demeure propriétaire puisqu'il peut en remboursant la somme pour laquelle elle est engagée entrer en la puissance et la possession de cette chose; cette possession n'est pas une possession civile, une *possessio animo dominantis*, ce n'est qu'une possession purement naturelle ». Pothier distingue d'ailleurs plus loin cette « possession naturelle » de la simple détention des locataires, dépositaires, emprunteurs ou commodataires (Pothier, loc. cit., p. 12, n° 15). Les effets de cette possession naturelle n'apparaissent pas bien clairement; il semble que sous ce vocable, Pothier rapproche la possession du gagiste de celle de l'usufruitier; mais alors que celui-ci était déjà considéré en droit romain comme ayant la possession de son droit réel, *quasi possessio juris*, il ne semble pas que cette conception ait été appliquée au gagiste, bien que celui-ci ait incontestablement dans notre Ancien droit, un droit réel.

En définitive, les conceptions de notre Ancien Droit apparaissent quelque peu flottantes sur la situation du gagiste par rapport à la possession; il semble seulement que l'idée que le gagiste ne pouvait être considéré comme un simple détenteur ait persisté dans l'Ancien Droit, probablement sous l'influence de la terminologie romaine et qu'on ait eu une certaine tendance à lui reconnaître une situation intermédiaire entre la possession à titre de propriétaire et la simple détention.

§ 2. *Les conceptions doctrinales.* — Les premiers commentateurs du Code civil semblent avoir aussi quelque peu hésité sur la nature de la « possession » du gagiste.

C'est ainsi que Duranton (*Cours de droit français*, XVIII, n° 536, p. 587, 540, p. 590,543, p. 591, 550, p. 559; XIX, n° 203, p. 279 et 280) sous l'influence de l'article 2079 du Code civil assimile le gagiste au dépositaire donc à un simple détenteur; il ne lui permet d'invoquer l'article 2279 que dans la mesure où le constituant lui-même pourrait l'invoquer en face de la revendication du véritable propriétaire de l'objet donné en gage. « Le créancier exerce à cet égard le droit que pourrait exercer son débiteur si c'était contre lui que la revendication eut eu lieu en pareil cas » (XVIII, n° 533).

Troplong (XIX, n° 420, p. 390) analysant la situation du gagiste par rapport à la chose, écrit : « Cette situation a pour conséquence nécessaire d'attribuer au créancier le rôle secondaire d'un simple dépositaire de la chose; s'il la possède, ce n'est que dans un but restreint et limité; elle ne lui a été donnée que pour assurer son privilège. Sa possession est *précaire*; elle ne lui donne que le droit de garder la chose, de la retenir, de la conserver. » Plus loin, cependant, il reconnaît que le gagiste conserve la chose pour lui et « se rend service à lui-même » (Troplong, op. cit., n° 425). Il lui reconnaît le droit d'invoqer l'article 2279 sans lui reconnaître pour cela la qualité de possesseur proprement dit (Troplong, *Prescription*, II, p. 653, n° 1060) : « Il n'est pas exact, écrit-il, de dire que l'article 2279 n'est pas applicable lorsque la possession du détenteur est précaire. Quand un créancier reçoit un meuble en gage sa possession *quoique précaire* lui donne cependant un privilège; il est préférable même au vendeur non payé. Pourquoi ne serait-il pas préférable au propriétaire qui a suivi la foi d'un mandataire infidèle ? La transmission opérée par le contrat de gage fait passer sur la tête du créancier un droit précieux qu'on ne peut lui ravir. Son privilège doit subsister et il n'est pas permis de l'empêcher de s'exercer sous prétexte d'un vice de précarité non incompatible avec son existence » (V. aussi *Nantissement*, n° 72).

Nous avons même vu que pendant cette période, certains auteurs déniaient même formellement au gagiste le caractère de possesseur et la faculté d'invoquer l'article 2279 (Grenier, *Des hypothèques*, II, n° 314, p. 35; Dalloz, *Ancien répertoire alphabétique*, V° *Prescription civile*, n° 275).

II. - Peu à peu sous l'influence de la Jurisprudence qui accorde au gagiste le bénéfice de l'article 2279 lorsqu'il est de bonne foi, une doctrine plus précise s'élabore qui reconnaît au gagiste la double qualité de possesseur et de détenteur, en ayant une tendance à rattacher la possession du gagiste à sa qualité de titulaire d'un droit réel.

Aubry et Rau, dans les développements très brefs qu'ils consacrent au gage, se bornent à mentionner la possibilité pour le gagiste de faire échec à la revendication du véritable propriétaire en lui opposant sa possession de bonne foi, en

citant à l'appui les articles 2102, 4° et 2279 du Code civil (Aubry et Rau, VI, § 432).

Laurent (XXVIII, n° 440, p. 431) affirme nettement la qualité de possesseur du gagiste et son droit d'invoquer l'article 2279 « Dès que le possesseur est de bonne foi et que le titre même de sa possession n'en prouve pas la précarité, il peut se prévaloir de la maxime : « En fait de meubles, possession vaut titre » cette maxime protège tous les possesseurs qui ont acquis un droit sur la chose soit comme acheteurs soit en vertu d'un droit réel tel qu'usufruit ou gage ». (Remarquons en passant l'inexactitude de la formule; l'acheteur, le bénéficiaire de la constitution de gage ou d'usufruit, n'ont pas régulièrement acquis un droit réel puisque leur auteur n'étant pas par hypothèse propriétaire n'a pu leur transférer en tout ou en partie un droit qu'il n'avait pas; ils ont simplement cru de bonne foi l'acquérir et c'est cette croyance jointe à leur possession qui vient renforcer leur titre défaillant).

Plus loin, à propos de la comparaison établie par l'article 2079 entre le gage et le dépôt, il écrit (XXVIII, n° 493, p. 486) : « Le dépositaire n'a aucun droit réel sur la chose; il ne la possède pas; il la détient à titre précaire. Il en est tout autrement du créancier gagiste; il a un droit réel dans la chose; il la possède à ce titre ».

Cependant malgré l'assimilation établie par lui entre le gagiste et l'usufruitier au point de vue de l'article 2279, il remarque que leur possession diffère notablement l'une de l'autre par leurs caractères (loc. cit., n° 493, p. 486). Le gagiste « ne peut user de la chose quoiqu'il en ait la possession. Sous ce rapport, le droit du créancier gagiste diffère des autres droits réels accompagnés de la possession : l'usufruit, la servitude, l'emphytéose, la superficie donnent un droit dans la chose qui implique la faculté d'user et de jouir.

S'il en est autrement du gagiste, c'est que sa possession n'a qu'un seul but, celui de garantir le payement de ce qui lui est dû. Cette possession tient lieu de la publicité dans l'hypothèque en donnant au créancier le droit de faire valoir contre les tiers la préférence qui est attachée au gage; il n'en résulte aucun droit utile pour le créancier ». (Signalons encore ici l'impropriété des termes; ce n'est pas de leur pos-

sesion que l'usufruitier, l'emphytéote etc... tirent le « droit utile » d'user et de jouir de la chose; ces prérogatives résultent de leur droit réel, dont la possession est l'exercice de fait; la différence signalée tient donc moins aux possessions qu'aux droits réels dont elles sont l'apparence ou la manifestation extérieure).

Guillouard de son côté considère le gagiste tantôt comme un possesseur tantôt comme un détenteur. Il lui reconnaît le droit d'invoquer l'article 2279 (*Du nantissement*, p. 41, n° 42) : : Qu'il s'agisse en effet d'un droit de propriété concédé par le détenteur du meuble d'autrui ou d'un droit de gage constitué par lui, les raisons de décider en faveur du possesseur de bonne foi, acquéreur ou créancier gagiste, sont les mêmes; *il a la possession*; il a cru de bonne foi acquérir sur la chose un droit réel, et il doit par suite être préféré sur cette chose à tous autres, même au véritable propriétaire qui a perdu la possession ».

D'un autre point de vue, le gagiste est un détenteur (op. cit., p. 151, n° 144) : « Le créancier gagiste n'ayant sur l'objet du gage qu'une *possession précaire*, le détenant pour le compte du débiteur, ne peut en acquérir la propriété par prescription; sa situation est régie par l'article 2236 d'après lequel « ceux qui possèdent pour autrui ne prescrivent jamais par quelque laps de temps que ce soit » et le second alinéa de ce texte donne comme exemple de ceux qui ne peuvent prescrire, le dépositaire, auquel comme nous l'avons vu, l'article 2079 assimile le gagiste ».

La même distinction est faite par Baudry-Lacantinerie et De Loynes qui lient également la possession du gagiste à son droit réel : « Il peut invoquer l'article 2279 parce que la maxime « En fait de meubles, possession vaut titre », ne protège pas seulement l'acheteur; elle peut être également invoquée par tout acquéreur d'un droit réel » (Baudry-Lacantinerie et De Loynes, *Du nantissement, des privilèges et des hypothèques*, I, n° 31, p. 15). A l'encontre du dépositaire, le gagiste « a un droit réel. Il a la *possession* » (op. cit., n° 92, p. 64). Mais ces auteurs, faisant une distinction qui sera reprise ainsi que nous le verrons par des auteurs plus récents, opposent à ce point de vue la situation de gagiste vis-à-vis des tiers à celle qu'il a vis-à-vis du constituant : « L'expression

employée par l'article 2079... nous montre que le créancier gagiste n'est *au regard du débiteur*, comme le dépositaire dans ses rapports avec le déposant, qu'un *détenteur précaire*. On en conclut que le créancier gagiste et ses héritiers ne peuvent prescrire la propriété du gage par quelque laps de temps que ce soit (art. 2236) à moins que le titre de leur possession n'ait été interverti conformément à l'article 2238 » (Baudry et De Loynes, op. cit., n° 93).

De leur côté, Lyon-Caen et Renault (*Droit commercial*, III, n° 290, p. 269) écrivent à propos du droit pour le gagiste d'invoquer l'article 2279 : « Il est vrai que l'article 2279 du Code civil suppose une personne qui a la possession proprement dite et que le créancier gagiste détient le gage pour le débiteur; *mais le créancier gagiste n'est pas qu'un détenteur, il a la possession en ce sens qu'il entend faire valoir un droit réel propre de gage* ».

III. - La conception que l'on peut considérer comme classique de la situation du gagiste par rapport aux notions de possession et de détention, a été en quelque sorte systématisée par Simon (*Du dessaisissement dans le contrat de gage*, Thèse, Bordeaux, 1902, p. 34 et s.) dont nous croyons utile de reproduire les développements parce qu'ils analysent très clairement la double situation du gagiste par rapport à la chose.

« D'après les articles 2076 du Code civil et 92 du Code de commerce l'objet engagé doit être remis en la possession du créancier. A s'en tenir aux termes du Code, le créancier deviendrait vraiment possesseur de la chose : l'interprétation serait inexacte. Le débiteur constituant, ne renonce point à son bien. Le créancier, de con côté, n'accepte le gage que parce qu'il le sait (l'auteur aurait dû ajouter : ou le croit) être la propriété du débiteur. Il n'a pas l'*animus domini* qui reste au débiteur. Créancier, avant d'être gagiste, son but est d'assurer le payement de ce qui lui est dû; la remise de la chose n'est qu'un moyen.

Il ne s'agit donc pas ici de la possession considérée comme l'appréhension, comme l'exercice d'un droit de propriété « mais d'une possession de tout autre nature et consistant dans une simple détention ou garde des marchandises engagées » (Aix, 22 février 1840, D, 40, 2, 218).

Dans ses rapports avec le droit de propriété, le créancier gagiste n'est en somme qu'un simple détenteur précaire : la possession ne cesse d'appartenir au débiteur constituant. Mais si ce créancier n'a et ne peut avoir l'*animus domini*, il a celui du titulaire d'un démembrement de la propriété. *Il entend posséder pour son propre compte le droit de gage dont il est investi* ; il veut en jouir en toute indépendance et l'exercer dans toutes ses conséquences. Dans la mesure de ce droit, il a un esprit de possession semblable à celui du véritable propriétaire pour la propriété et on ne peut lui refuser la qualité de possesseur. En vertu de cette possession, il a le droit, étant de bonne foi, d'invoquer la protection de l'article 2279 du Code civil contre le revendiquant...

Des considérations qui précèdent, il résulte que le créancier gagiste est *dans une situation mixte vis-à-vis de la chose.* A l'égard du droit de propriété, il n'a pas l'*animus* et reste un détenteur précaire. Il n'en a pas moins « la volonté de « faire valoir un droit réel qui lui est propre. En ce qui con- « cerne le droit de gage », concluons-nous avec M. Lyon-Caen, « le créancier gagiste a la possession » (Lyon-Caen, Note au S, 92, 2, 161) ».

Ainsi sous l'influence de l'évolution que nous avons signalée plus haut et qui voyant dans la possession, l'exercice de fait, l'apparence d'un droit réel, propriété ou droit réel démembré, tend à considérer les droits plutôt que les choses comme objet de la possession ou si l'on veut à substituer dans tous les domaines la notion romaine de la *quasi possessio juris* à celle de la *possessio rei*, la doctrine classique voit dans le gagiste un détenteur quant à l'exercice du droit de propriété et un possesseur quant à l'exercice du droit réel de gage. Faisons d'ailleurs remarquer que les auteurs n'éliminent pas toujours complètement la distinction faite par le Droit romain entre la possession des choses à titre de propriétaire et la possession des droits réels démembrés, comme le démontre l'intitulé des deux paragraphes sous lesquels Simon base ses développements relatifs à la « Nature de l'investissement du créancier » : 1° *Détention précaire de la chose*; 2° *Possession réelle du droit de gage* » (Thèse citée, Ch. II, 1°, p. 34 et 2° p. 36).

IV. - Les auteurs de l'Ecole scientifique semblent à première vue avoir admis les conceptions classiques et considérer le gagiste tantôt comme un détenteur tantôt comme un possesseur.

C'est ainsi que Planiol (*Traité élémentaire*, II, n° 2430, P. 800) écrit : « Le gagiste n'a pas la possession véritable; il n'est que *détenteur; il possède pour le compte d'autrui* et ne peut pas prescrire. » Cependant il peut invoquer l'article 2279 en cas de *possession de bonne foi d'un gage corporel* (Planiol, op. cit., n° 2398). Il en est de même de Josserand (II, p. 736).

Toutefois ces auteurs semblent avoir une tendance à faire dépendre la qualité de possesseur et de détenteur de la personne à l'égard de laquelle le gagiste oppose sa situation vis-à-vis de la chose. Cette tendance, qui était déjà en germe dans les explications données par Baudry-Lacantinerie et De Loynes et reproduites ci-dessus, est clairement exprimée par Becqué (Planiol, Ripert et Becqué, XII, *Sûretés réelles*, n° 108, p. 107) : « *Vis-à-vis du propriétaire de la chose engagée, le créancier gagiste n'est juridiquement qu'un simple détenteur*, il n'a pas l'*animus domini*; il possède pour le compte d'autrui; il ne peut pas modifier le titre de la possession qu'il lui appartient d'établir... »

Par contre, (Becqué, op. cit., n° 109, p. 109) : « *Vis-à-vis de tous autres que le constituant*, le droit réel de gage confère au gagiste *une véritable possession*. Il peut opposer le droit de rétention à tous les tiers qui voudraient saisir ou revendiquer le meuble... »

Voir aussi (Becqué, op. cit., p. 76, n° 78) à propos du gage constitué par un non-propriétaire : « *Vis-à-vis des tiers autres que le constituant le créancier gagiste est un possesseur* et peut se prévaloir à leur encontre de l'article 2279 aussi bien qu'un acquéreur... »

Ainsi sans renoncer complètement à la liaison établie par les auteurs classiques entre la possession du gagiste et son droit réel, les auteurs récents tendent à substituer à la formule : détention quant à la propriété, possession quant au gage, celle-ci : détention vis-à-vis du constituant, possession vis-à-vis des tiers.

V. - M. F. Ferradou dans sa thèse consacrée au *Role de la possession dans le droit privé français* (Thèse, Bordeaux, 1928)

se demande si la reconnaissance de la qualité de possesseur au créancier gagiste peut se concilier avec l'exigence de l'*animus domini*. Sans doute le gagiste a un droit réel; « mais c'est un droit réel de garantie portant plus sur la valeur du droit de propriété que sur la chose et tendant à l'aliération de la chose. » Aussi cet auteur semble-t-il incliner à faire du gagiste un simple détenteur comme le démontre l'intitulé du chapitre qu'il consacre à la question : « De la *prétendue* possession dérivant du gage... ». « Avant la réalisation du gage, écrit-il le *créancier n'a pas la possession*; il ne peut prescrire, n'a ni la jouissance ni l'usage de la chose et ne peut en percevoir les fruits... » Cet auteur semble au demeurant plus préoccupé de poser le problème que de le résoudre véritablement.

En définitive les conceptions doctrinales, malgré leur apparente netteté, marquent une certaine hésitation des auteurs à considérer le gagiste soit comme un possesseur soit comme un simple détenteur; si la grande majorité d'accord avec la Jurisprudence, lui reconnaît tantôt l'une tantôt l'autre de ces qualités, les auteurs ne s'accordent pas absolument sur le critérium qu'il convient d'adopter à ce sujet.

§ 3. *Les solutions jurisprudentielles.* — Nous avons indiqué dans notre première partie que la Jurisprudence permettait au gagiste d'invoquer l'article 2279 et lui reconnaissait ainsi la qualité de possesseur; toutefois, avant d'être fixée en ce sens, elle a connu des hésitations corrélatives à celles de la doctrine et qu'il nous faut maintenant examiner pour essayer de dégager la portée et le sens des arrêts qui ont consacré la situation de possesseur du gagiste.

I. - La Cour de cassation a d'abord refusé au gagiste le droit d'invoquer l'article 2279 au cas où le constituant n'était pas véritablement propriétaire du gage; l'arrêt Banque de Bordeaux contre Dachampé, du 11 août 1847 émanant de la Chambre civile (D, 47, 1, 311) est nettement en ce sens; il s'agissait d'actions au porteur qui sont, on le sait, assimilés aux meubles corporels en ce qui concerne la possession et qui avaient été données en gage par une personne qui les avait reçues à titre de dépôt; la Cour de Bordeaux, dans un

arrêt du 17 avril 1845 avait admis que le gagiste pouvait opposer l'article 2279 à l'action en revendication intentée par les héritiers du déposant; son arrêt fut cassé.

« Attendu, dit la Cour de cassation, que les huit actions revendiquées par les héritiers Dachampé n'ont pas été remises par Galos à la Banque de Bordeaux pour lui en transférer la propriété; que cette remise n'a eu lieu qu'*à titre de gage*...; que la revendication de ces actions ne peut être repoussée péremptoirement par l'article 35 du Code de commerce aux termes duquel la cession d'un titre au porteur s'opère par la tradition du titre parce qu'il est reconnu dans l'espèce que la tradition n'avait pas pour objet d'en transmettre la propriété mais seulement de les donner en nantissement...

Attendu que le même motif rend inapplicable l'article 2279 du Code civil puisque la *simple dation en gage d'une chose* mobilière quelconque n'en opère pas la transmission à titre de propriété *et n'a pas le caractère de la possession que cet article déclare équivaloir à un titre.* Qu'on ne saurait admettre le contraire sans détruire radicalement les dispositions les plus essentielles du Code civil en matière de nantissement...».

II. - Quelques années plus tard, la même question s'étant posée devant le Tribunal de la Seine celui-ci admettait la revendication du propriétaire et refusait au gagiste le droit d'invoquer l'article 2279 (Affaire Bobot contre Astruc, Jugement du 29 juillet 1855 sous Paris, 29 mars 1856, D, 56, 2, 228) mais la Cour de Paris et après elle, la Cour de cassation écartaient par un détour la revendication et faisaient en fait mais indirectement bénéficier le gagiste de l'article 2279.

Le Tribunal avait ainsi justifié sa décision : « Attendu qu'il résulte des documents produits au procès que l'acte passé entre Astruc et Labretègue n'était qu'*un prêt sur gage* ou nantissement fait par Astruc à Labretègue; que dès lors, Astruc *n'a jamais possédé à titre de propriétaire* d'où il suit qu'il est *sans qualité* pour invoquer la maxime « En fait de meubles, possession vaut titre » consacrée par l'article 2279 ».

La Cour de Paris, réforma le jugement sur l'appel d'Astruc; « Attendu, dit-elle, que suivant acte du 16 janvier 1854, Labretègue reconnaît avoir reçu d'Astruc, 2.449 francs

sur obligations du Havre 1848, qu'il avait donné mission à Astruc de vendre avec la condition que si elles n'étaient pas vendues dans un délai déterminé, Labretègue rembourserait cette somme à Astruc moyennant la remise des obligations; Que cet acte constitue un véritable prêt sur nantissement qui, aux termes de la Jurisprudence, a été parfait par la remise des titres au porteur entre les mains du créancier;

Qu'en outre, Astruc, ayant agi de bonne foi serait fondé d'exciper de la possession des titres contre tout opposant; que Bobot au contraire, en plaçant volontairement sa confiance dans la personne de Labretègue, ne peut imputer qu'à lui seul les suites de son imprudence; que d'ailleurs il ne se trouve dans aucun des cas prévus par l'article 2279 pour être autorisé à revendiquer les titres entre les mains des tiers qui en sont détenteurs...» Ainsi qu'on le voit ce n'est qu'incidemment que la Cour reconnaissait à la possession du gagiste, les caractères nécessaires pour lui permettre d'invoquer l'article 2279.

La Cour de cassation, en rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Paris, évita avec encore plus de soin de se prononcer sur ce point et fonde son arrêt sur les caractères non de la possession du gagiste mais de la possession du débiteur constituant (Cass. civ., 22 juin 1858, D, 58, 1, 238) : « Sur la première branche du moyen (violation de l'article 2279 C. Napoléon). Attendu que suivant cet article, En fait de meubles, possession vaut titre, d'où la conséquence que le possesseur de la chose mobilière en est réputé propriétaire; que si donc, il en dispose en faveur d'un tiers. l'acte de disposition émané du dit possesseur, ne peut être utilement contesté par le légitime propriétaire à l'encontre du tiers détenteur.

Attendu qu'il n'y a d'exception à cette règle que dans les cas de perte ou de vol..., mais qu'on ne saurait étendre cette exception à l'abus de confiance; que Bobot pour revendiquer les deux obligations dont s'agit, ne prétendait ni les avoir perdues, ni qu'elles lui eussent été volées ; qu'il prouvait seulement qu'elles avaient été détournées à son préjudice par Labretègue auquel il les avait confiées à titre de mandat pour en recouvrer les arrérages et qui en avait disposé en faveur d'Astruc tiers de bonne foi.

Attendu dès lors qu'en écartant l'action en revendication intentée par Bobot contre Astruc, l'arrêt attaqué a sainement appliqué le paragraphe premier de l'article 2279 et justement écarté la cause de l'alinéa second du même article...»

Ainsi d'après cet arrêt, le gagiste ne triomphait qu'en se prévalant de la possession du constituant, qui bien que détenteur précaire en l'espèce, avait pu passer aux yeux des tiers pour possesseur; ce système, qui a d'ailleurs été complètement abandoné par la suite et qui donnait à l'article 2279 une interprétation toute différente de celle qu'on lui donne ordinairement, était sévèrement critiqué par l'annotateur du Dalloz; nous croyons utile de reproduire ici le texte de cette note qui pose exactement le problème : « Pour maintenir le gage constitué « *a non domino* », écrit l'annotateur, la Chambre civile se fonde sur ce que le débiteur est aux yeux du gagiste qui traite avec lui réputé propriétaire en vertu de la maxime : En fait de meubles, possession vaut titre. Ainsi entendue la règle de l'article 2279 signifierait que les tiers qui ont contracté avec le détenteur de la chose mobilière dont ils le croyaient propriétaire seront à l'abri de l'action du propriétaire en plaçant sous l'empire de la maxime : « En fait de meubles possession vaut titre », *non pas leur propre possession, mais celle de leur auteur.* Si telle est la signification de la règle de l'article 2279, on comprend que tout acte émané du présumé propriétaire doive être maintenu, quel que fût d'ailleurs le caractère de l'acte, qu'il consistât dans l'acquisition de la propriété de la chose ou dans tout autre acte quelconque tel qu'une constitution de gage puisqu'il serait toujours regardé comme consenti par le vrai propriétaire.

Mais il nous semble manifeste, ajoute la note, *que l'article 2279 ne se rapporte qu'à la possession de celui qui a reçu la chose.* Cela est si vrai que l'article 2279 qui, de l'aveu de tous, ne protège que le possesseur de bonne foi n'exige la bonne foi que chez le possesseur actuel... Or si la règle « En fait de meubles... » se réfère à la possession de la partie qui a reçu la chose et non à celle de la partie qui l'a livrée, cette règle ne pourra être invoquée par le possesseur actuel qu'autant que sa possession aura bien la valeur d'une pos-

session proprement dite valant titre, comme le veut l'article 2279, c'est-à-dire le caractère d'une *possessio animo domini* susceptible d'entrer en lutte avec l'action en revendication. *Un créancier gagiste ou tout autre détenteur précaire ne réunit pas de telles conditions et* n'a pas droit au bénéfice d'ailleurs anormal de l'article 2279 du Code Napoléon » (Note au D, 58, 1, 238).

Ainsi l'on voit que l'arrêt Bobot contre Astruc que l'on cite ordinairement comme ayant le premier reconnu au gagiste la qualité de possesseur proprement dit et la faculté d'invoquer de ce chef l'article 2279 (V. par ex., Simon, thèse citée, p. 38, note 4) n'a nullement cette portée; il pourrait plutôt être considéré comme ayant consacré la thèse de Duranton rapportée plus haut (supra, p. 297) qui permettait au gagiste d'invoquer l'article 2279 non de son propre chef mais du chef du constituant, ce qui loin de contredire la qualité de détenteur ne faisait que l'affirmer; encore Duranton supposait-il que le constituant aurait pu invoquer lui-même l'article 2279, ce qui n'était pas le cas en l'espèce puisqu'il était simple mandataire, donc possesseur précaire.

III. - Dans un arrêt postérieur du 23 janvier 1860, (Cass. Req., 23 janvier 1860, Docks Napoléon contre Crédit Mobilier, D, 60, 1, 123) la Cour de cassation écarte encore la revendication du véritable propriétaire d'actions au porteur, mais toujours sans reconnaître formellement le droit au gagiste de se prévaloir vis-à-vis des tiers d'une possession proprement dite. Elle se borne à dire que « cette action ne pourrait être fondée que dans les cas où ces valeurs auraient été perdues ou volées » et « qu'il est souverainement jugé en fait que les actions n'ont été ni perdues ni volées ».

IV. - Il nous faut attendre l'arrêt Perez-Ramirez contre Gomez et Compagnie et François Vivarez (Cass. Req., 12 mars 1888, D, 88, 1, 404, S, 88,1, 264) pour voir affirmer par la Cour de cassation d'une façon formelle encore qu'un peu laconique le droit pour le gagiste de se prévaloir en son propre nom de l'article 2279. « *Attendu, dit l'arrêt, que la maxime de l'article 2279 : En fait de meubles, possession vaut titre, peut être invoqué par le créancier gagiste qui de bonne foi a reçu en gage d'un détenteur précaire un objet mobilier*

et qu'il a le droit de repousser jusqu'au payement de sa créance l'action en revendication dirigée contre lui par le propriétaire de cet objet. »

V. - Depuis lors, la Cour de cassation a maintenu cette jurisprudence dans les arrêts cités dans notre première partie et les Cours d'appel ont suivi la Cour Suprême.

La Cour de Douai eut l'occasion peu de temps après l'arrêt du 12 mars 1888, de consacrer l'application de l'article 2279 au cas de gage constitué par un non propriétaire (Douai, 20 juin 1892, Affaire Dupont contre Marteville, S, 92, 2, 161, note Lyon-Caen, D, 92, 2, 375).

Le Tribunal civil de Valenciennes, avait cru pouvoir admettre la revendication du propriétaire et écarter l'article 2279 en invoquant la précarité de la possession du gagiste « Attendu, dit son jugement du 8 juillet 1891, que cet article n'est opposable qu'autant que la possession invoquée a eu lieu *à titre de propriétaire* et de bonne foi; que les dits Dupont et Cie n'ont jamais possédé les titres revendiqués en qualité de propriétaires; qu'ils n'ont jamais ignoré et qu'il est reconnu par eux-mêmes que les dits titres ne leur avaient été confiés qu'*à titre de nantissement.*».

La Cour de Douai, repoussant la distinction ainsi faite entre la possession à titre de propriétaire et celle à titre de gagiste, réforma le jugement et reconnut au gagiste la qualité de possesseur en ces termes : « Attendu que *le gagiste est couvert par le principe de l'article 2279 du Code civil* aussi bien que celui qui détient un objet mobilier en qualité de propriétaire; que sa possession n'est *pas entachée de précarité vis-à-vis des tiers* qu'il ne connaît pas, avec lesquels il n'a pas traité et envers lesquels il n'est tenu d'aucune obligation personnelle; que possédant *en son nom et pour son propre compte*, en vertu d'un contrat de nantissement, il doit être considéré *à l'égard des tiers* comme un véritable propriétaire ». Ainsi la Cour de Douai paraît elle faire dépendre, suivant une conception que nous avons déjà signalée en doctrine, la qualité de possesseur ou de détenteur du gagiste de la personne à l'égard de laquelle cette qualité est invoquée et ne reconnaître sa possession que « vis-à-vis des tiers ». Dans sa note sous cet arrêt, dont nous avons déjà cité un extrait reproduit dans la thèse de Simon citée plus haut,

Lyon-Caen semble concilier cette conception avec celle qui rattache la possession du gagiste à son droit réel : « Le créancier gagiste, écrit-il, ne pourrait pas se prévaloir de l'article 2279 du Code civil, si ce créancier était un simple détenteur, assimilable à un locataire ou à un déposi aire. Mais il n'en est pas ainsi. *Le créancier n'a pas de prétention à la propriété et le débiteur possède le gage par son entremise.* Il n'en est pas moins vrai que le *créancier gagiste à la volonté de faire valoir un droit réel qui lui est propre, à l'encontre des tiers.* En ce qui concerne le droit de gage, le gagiste a la possession ».

Parmi les arrêts plus récents de la Cour de cassation sur ce sujet nous citerons encore l'arrêt du 19 juin 1928 (D, 29,1, 45) qui rattache au droit réel du gagiste la possibilité d'invoquer l'article 2279 : « Attendu, dit l'arrêt, *que le créancier gagiste a sur les choses mobilières remises en gage, un droit réel qui lui permet d'invoquer l'article* 2279 quand il est de bonne foi et que son nantissement est régulier ».

En définitive la Jurisprudence paraît aujourd'hui reconnaître de façon constante au gagiste le droit d'invoquer l'article 2279 du Code civil; tantôt elle se borne à formuler cette règle sans en donner aucune explication, tantôt elle s'appuie sur l'absence d'obligations personnelles de sa part à l'égard des tiers et notamment du revendiquant, tantôt enfin elle fait reposer sa qualité de possesseur sur le droit réel qu'il a ou prétend avoir sur la chose.

Il nous faut maintenant procéder à l'examen critique des différentes conceptions doctrinales et jurisprudentielles émises à ce sujet et proposer nous même une solution.

§ 4. *Examen critique des conceptions doctrinales et jurisprudentielles.* — Il résulte des développements qui précèdent que trois grandes conceptions se sont fait jour en Doctrine et en Jurisprudence au sujet de la nature de la « possession » du gagiste : 1° Le gagiste serait détenteur ou possesseur précaire. 2° Le gagiste serait détenteur de la chose mais possesseur proprement dit du droit de gage. 3° Le gagiste serait détenteur vis-à-vis du constituant et possesseur vis-à-vis des tiers.

Avant de proposer nous-mêmes une formule, il nous faut procéder à l'examen critique de chacune de ces conceptions.

A. - *Le gagiste n'est pas uniquement un détenteur.* — Un simple rapprochement entre la situation du gagiste et nos explications précédentes touchant tant la détention « pure » que la détention « intéressée » nous permet d'éliminer la conception qui fait du gagiste dans tous les cas un détenteur et qui tend d'ailleurs à être de plus en plus abandonnée, bien que nous en ayons encore trouvé trace dans la thèse récente de M. Ferradou.

a) *Le gagiste n'est pas un simple détenteur* (détention pure ou par procureur) comparable au dépositaire par exemple, par la simple et décisive raison qu'il entend exercer pour son propre compte et dans son intérêt personnel, la main-mise qui lui est conférée sur la chose donnée en gage. Cette chose dont la valeur est directement et spécialement affectée à la garantie de sa créance, est dans une certaine mesure la sienne propre. Sans doute, il ne peut s'en approprier les utilités parce que son droit porte moins sur la chose prise dans son individualité que sur la valeur économique de celle-ci. Il n'en demeure pas moins que dans la mesure où il entend conserver la chose pour sauvegarder son droit de la vendre et d'être payé sur le prix, il exerce sur elle un pouvoir indépendant de celui du constituant, et ne peut pas être regardé comme le simple représentant de la possession de celui-ci. S'il ne prétend pas être le maître de la chose envisagée dans son individualité, il prétend tout au moins être le maître de la valeur pécuniaire qu'elle représente.

b) *Le gagiste n'est pas un détenteur intéressé* dont la situation puisse être assimilée à celle du fermier, locataire ou commodataire.

La détention intéressée nous apparaît, avons-nous dit, comme l'accessoire d'une créance du détenteur contre le possesseur. Ici, le gagiste a bien contre le constituant, lorsque celui-ci est le débiteur lui-même, un droit de créance. Mais tout au moins dans le gage conventionnel, cette créance n'est rattachée par aucun lien nécessaire à la détention du gagiste; elle en est complètement indépendante; la remise de la chose aux mains du créancier n'est pas ici la conséquence naturelle

et nécessaire de l'obligation du débiteur; elle résulte d'un élément externe à cette obligation, la constitution du gage.

Dans les cas dits de gage tacite, la situation du créancier se rapproche beaucoup du moins en apparence de celle des détenteurs intéressés puisque le rapport du créancier avec la chose dérive de la convention d'où est née sa créance. La détention des objets transportés par le voiturier par exemple est un moyen d'exécution et la conséquence du contrat de transport d'où naît sa créance contre l'expéditeur. Malgré tout, nous rencontrons ici un élément que nous ne nous trouvons pas dans la détention du locataire ou fermier; c'est l'affectation directe et immédiate par la loi de la valeur de la chose à la sureté de la créance sous la forme de l'attribution au créancier d'un droit de préférence sur le prix renforcé d'un privilège. Le détenteur intéressé n'a pour garantir le paiement de sa créance contre le possesseur qu'un droit de rétention qui peut être très efficace mais qui n'affecte pas directement la chose ou sa valeur; au contraire le créancier muni d'un gage tacite a sur cette valeur un droit propre; il n'a pas seulement le droit de conserver la chose en attendant d'être payé; il a le droit de faire vendre la chose, de s'en approprier le prix en vertu de son droit réel et de son privilège. A travers la chose qu'il détient, il exerce une mainmise sur la valeur qui est en quelque sorte incluse dans sa matérialité et qu'il prétend avoir le droit exclusif d'en extraire à son profit. La différence qui sépare sa possession de la détention intéressée du fermier, du locataire etc... est exactement celle qui distingue le droit de gage du droit de rétention. C'est ce qui explique qu'alors que le gagiste peut invoquer les effets de l'article 2279 du Code civil, ce droit n'ait pas été reconnu au commodataire ou au locataire d'une chose mobilière.

B. - *Le gagiste est-il détenteur vis-à-vis du constituant et possesseur vis-à-vis des tiers*?. — Cette conception si elle n'a été formulée d'une façon systématique que récemment par Becqué se trouve en germe comme nous l'avons vu dans les développements d'auteurs antérieurs (par exemple Baudry-Lacantinerie et De Loynes) et dans certains arrêts (V. par exemple l'arrêt de Douai, cité plus haut, p. 309).

On peut dire qu'elle restaure en Droit français une institution connue du Droit Romain sous le nom de « precarium »; le précaire était en Droit Romain une concession de jouissance révocable à la volonté du concédant qui conférait au concessionnaire à l'égard de toute autre personne que le concédant une véritable possession et le droit d'intenter les interdits possessoires; le précariste différait ainsi à la fois du possesseur qui avait les interdits contre toute personne et du simple détenteur qui ne les avait contre aucune (V. sur le précaire, Girard, *Droit romain*, p. 267-280 et p. 597). Cette institution n'a guère de commun que le nom avec ce que nous appelons aujourd'hui possession précaire ou détention (V. Selosse, *Essai sur la possession précaire*, thèse citée, p. 19 et s.). Planiol (*Traité élémentaire*, I, n° 2312) parlant du qualificatif de « possession précaire » donné à la détention écrit : « La qualification de « précaire » empruntée au droit romain est ici détournée de son sens historique. Le *precarium* romain était un contrat spécial qui donnait à une personne la pleine jouissance du bien d'autrui, en laissant au concédant une faculté absolue de révocation. Aucun des possesseurs précaires du droit moderne ne se trouve exactement dans cette situation ».

Il est permis de se demander si la résurrection en Droit français de cette notion d'une possession, qui n'existerait que vis-à-vis des tiers et non vis-à-vis de celui qui a confié la chose au détenteur actuel, est très heureuse et surtout si elle est en parfaite concordance avec l'idée que notre Droit se fait de la possession.

Nous n'insisterons pas sur les différences qui existent entre la situation du précariste romain et celle du gagiste; celui-ci nous le savons, n'a pas en principe la jouissance de la chose alors que c'était en définitive cette jouissance qui était confié au précariste et qui fondait sa possession. D'autre part la possibilité de révoquer cette concession à volonté qui était le caractère essentiel du précaire ne se retrouve pas dans le gage, le constituant ne pouvant réclamer la chose tant que le créancier n'est pas payé.

Disons simplement que si la possession est conçue comme une appropriation de fait des richesses qui apparaît nécessairement comme l'apparence extérieure de l'appropriation

de droit, c'est-à-dire des divers droits réels qui peuvent grever la chose, on ne comprend pas qu'elle puisse exister vis-à-vis de certaines personnes seulement. La possession totale ou partielle existe nécessairement comme tout droit réel quelqu'il soit, *erga ommes*, une chose ne pouvant être appropriée soit en fait soit en droit par une personne à l'égard de telles ou telles personnes, et l'être en même temps au même titre par une autre à l'égard d'autres personnes. On peut comprendre que la possession soit démembrée et ses avantages répartis entre diverses personnes mais non qu'elle puisse à la fois exister et ne pas exister au profit d'une personne donnée. Par conséquent si le gagiste a la possession partielle de la chose vis-à-vis des tiers, il doit l'avoir également vis-à-vis du constituant.

C. - *Le gagiste est-il détenteur de la chose et possesseur du droit de gage*?. — Cette conception qui est en définitive la conception classique, n'est pas inexacte en elle-même. Mais la forme sous laquelle elle est ordinairement présentée appelle quelques observations.

En premier lieu l'expression : détention de la chose, possession du droit réel de gage, perpétue la distinction romaine de la *possessio rei* et de la *possessio juris* que notre Droit moderne tend à éliminer en montrant que la *possessio rei* elle-même est l'exercice de fait d'un droit réel, du droit de propriété. D'autre part, nous avons démontré que la possession d'un droit réel démembré de la propriété équivaut à une possession partielle de la chose même dont la possesseur retire une partie des utilités. Il faudrait donc parler soit de détention de la propriété soit de possession partielle de la chose à titre de gage.

En outre, en faisant du gagiste, un possesseur quant au droit réel de gage, cette conception l'assimile à l'usufruitier considéré comme possesseur de son droit réel d'usufruit. Or il n'est pas douteux qu'au premier abord l'esprit répugne à cette assimilation, tellement ces deux possessions apparaissent différentes, l'usufruitier ayant la jouissance de la chose qui est interdite au gagiste; aussi avons-nous vu que Laurent qui affirme avec force le caractère de possesseur du gagiste s'empressait de mentionner cette différence

(V. plus haut, p. 299). En définitive la conception classique en appliquant au gagiste la théorie de la *possessio juris* élaborée pour l'usufruitier ne tient pas compte de la différence existant entre les droits réels principaux qui visent l'individualité même de la chose et les droits réels du second degré qui frappent sa valeur pécuniaire. En englobant tous les droits réels autres que la propriété sous le vocable de droits réels démembrés, elle s'interdit par là même de rendre compte des différences existant entre la possession de l'usufruitier et celle du gagiste, et elle se dispense en même temps de poser la question esssentielle qui est de savoir s'il peut exister une possession correspondant à l'exercice de fait des droits réels du second degré, en quoi elle consiste et en quoi elle diffère de la possession conçue comme l'exercice de fait des droits réels principaux.

Malgré tout, la théorie classique peut, ainsi que nous allons le démontrer, et à la condition d'être rectifiée et complétée, servir de base à l'élaboration d'une théorie rationnelle de la situation du créancier gagiste par rapport aux notions de possession et de détention.

§ 5. *Solution proposée. - Détention et possession partielles du créancier gagiste.* — La possession suppose deux éléments : une main-mise sur la chose et une appropriation partielle ou totale, actuelle ou future soit des utilités matérielles soit de la valeur pécuniaire de la chose. Cette appropriation partielle peut parfois se réaliser sans main-mise ou tout au moins sans garde matérielle de la chose (servitudes, hypothèques); si cette appropriation se traduit par des actes continus, elle peut être considérée comme une possession, à la condition que le Droit attache des effets juridiques à cette appropriation de fait sans exiger sa concordance avec l'appropriation de droit, ce qui est le cas par exemple pour les servitudes continues et apparentes. Une simple main-mise peut avoir lieu sans appropriation actuelle, dans l'intérêt de celui qui l'exerce : soit en vue d'assurer l'exécution d'une obligation contractée envers lui par le propriétaire de la chose, ce qui est nous le savons la caractéristique de la détention intéressée; soit en vue de réaliser plus tard une appropriation totale ou partielle de la chose, soit au point de

vue de ses utilités matérielles, soit à celui de sa valeur pécuniaire. Lorsque cette main-mise s'exerce en vue d'une appropriation éventuelle de la valeur pécuniaire de la chose, il y a là une *possession partielle* mais qui se manifeste moins fortement qu'au cas d'appropriation actuelle de la chose envisagée dans son individualité, en sorte que jusqu'à l'échéance ce qui apparaît surtout c'est la *détention partielle* qui l'accompagne. Telle semble être la situation du gagiste.

Jusqu'à l'échéance, le gagiste ne peut avoir l'intention de s'approprier les utilités de la chose ni faire aucun acte d'usage ou de jouissance (art. 2079, 2082 C. civ.); cependant il conserve évidemment la chose dans son intérêt et il a ou prétend avoir un droit à la conserver; ce droit ne dérive pas comme celui des détenteurs intéressés d'un droit personnel contre le propriétaire de la chose tendant à en obtenir la détention et son maintien, mais d'un droit réel grevant la chose en tant que celle-ci représente une certaine valeur pécuniaire; à l'échéance lors de la réalisation du gage, le gagiste aura l'intention de s'approprier sinon les utilités matérielles de la chose ce qui lui est interdit par l'article 2078 du Code civil, tout au moins la valeur économique qu'elle renferme à l'exclusion de tous autres créanciers. *Dès avant l'échéance, c'est cette valeur incluse dans la chose, affectée à la sûreté de sa créance et objet de son droit réel du second degré, qu'il entend sauvegarder des atteintes des tiers comme de celles du débiteur, dont il entend faire respecter l'affectation, envers et contre tous, en conservant la chose.* C'est elle en définitive qu'il *possède*, de même que le titulaire apparent d'un droit réel principal démembré de la propriété possède la partie des utilités matérielles de la chose qui fait l'objet de ce droit.

De même que la possession et le droit réel de l'usufruitier ont en définitive pour objet la jouissance et l'usage de la chose inclus dans celle-ci à l'état potentiel, de même la possession et le droit réel du gagiste ont pour objet la valeur pécuniaire en puissance dans la chose envisagée dans sa matérialité. Or en matière de meubles, et à raison des caractères particuliers de ce genre de biens particulièrement susceptibles de déplacement, de détournement ou de destruction, la loi a lié l'appopriaion de fait et de droit de leur valeur à l'existence entre le bénéficiaire de cette appropriation et la

chose envisagée dans son individualité, d'un rapport de fait dont elle détermine suivant le cas l'étendue et la portée et qui consistera le plus souvent, mais non toujours, dans un contact corporel entre le gagiste et la chose. Mais le constituant qui conserve la possession de la chose envisagée dans son individualité à laquelle le gagiste ne prétend pas, ne peut plus manifester cette possession que par l'intermédiaire du gagiste. Celui-ci sera donc en ce qui concerne les utilités matérielles de la chose, le représentant nécessaire du constituant dans l'exercice de la possession de celui-ci. *Sa possession partielle n'atteignant la chose envisagée dans sa matérialité que dans la mesure où cette matérialité sert pour ainsi dire de support à la valeur pécuniaire* qui en fait l'objet, il sera *pour tout le reste un détenteur partiel* pour le compte du constituant.

Comme le dit Becqué (XII, p. 187, n° 107) « le créancier détient (au sens physique) la chose non pour l'utiliser à son profit comme le propriétaire ou l'usufruitier, mais pour en empêcher le détournement jusqu'à la vente et assurer son paiement préférentiel, » sauf que l'on peut considérer que vendre la chose pour se payer c'est encore un mode d'utilisation de celle-ci, bien qu'il diffère évidemment de celui qui a pour objet l'appropriation des utilités matérielles; c'est ce qui explique qu'en fait, la possession partielle du gagiste ne se traduise jusqu'à l'échéance que par une simple garde assurant la conservation de la valeur économique de la chose.

En tant que *possesseur partiel*, le gagiste peut invoquer pour son compte l'article 2279 et conserver tant à l'égard du débiteur qu'à l'égard des tiers, la chose jusqu'à ce qu'il soit payé ou, ainsi que nous le verrons au chapitre suivant jusqu'à ce qu'il ait la possibilité de faire valoir son droit réel et son privilège sur la valeur de la chose. Becqué (XII, n° 109, p. 110) rattache également à cette possession, l'action en revendication qui appartient au gagiste en cas de perte ou de vol; mais on rattache ordinairement, comme nous le verrons ultérieurement cette action au droit réel du gagiste, et ce, à juste titre, croyons-nous, car le Droit français ne connaît pas d'action mobilière possessoire.

En tant que *détenteur partiel*, le gagiste n'a ainsi que nous le savons ni l'usage ni la jouissance de la chose. Le débiteur

reste possesseur par son intermédiaire et peut invoquer l'article 2279 du Code civil. Le gagiste est tenu de veiller à la conservation de la chose (art. 2080) et non seulement de respecter le droit de propriété du débiteur comme quiconque. Enfin, il est tenu à restitution, une fois sa possession partielle éteinte ou sans objet.

En définitive, à la formule classique : détention de la chose possession du droit réel de gage, on peut substituer celle-ci : *le gagiste est possesseur partiel de la valeur pécuniaire de la chose et de celle-ci en tant qu'elle renferme en elle cette valeur; il est détenteur partiel de la chose envisagée dans son individualité matérielle en tant que celle-ci est indépendante de la dite valeur.*

Section III.

Rôle et modalités de la possession dans le gage. Rappels et observations.

L'analyse que nous venons de faire de la possession du gagiste (en prenant le mot dans un sens large englobant à la fois sa possession et sa détention partielles) nous conduit naturellement à rechercher quel est le rôle de cette possession et quels caractères elle doit présenter. C'est ce que nous ferons dans les deux paragraphes de cette section, en notant que nos explications précédentes ont en quelque sorte déblayé le terrain et vont nous permettre sur un grand nombre de points de nous borner à un simple rappel de ces explications et à de brèves observations.

§ 1. *Role de la possession dans le gage.* — Les explications que nous avons données dans le chapitre précédent sur le rôle de fait juridique de la possession dans la naissance du droit de gage nous dispenseront d'insister longuement sur ce point.

L'exigence de la dépossession du débiteur s'explique à la fois par l'intérêt du créancier et par l'intérêt des tiers.

Etant donné que l'objet du gage est une chose mobilière qu'il serait particulièrement facile au débiteur de soustraire ou de détourner, la nécessité de la remise de la chose aux mains du créancier ou d'un tiers convenu s'impose pour assurer au créancier une véritable garantie; « Le gage n'aurait pas de base solide si le créancier ou un tiers pour lui n'en avait pas la possession; le débiteur serait maître de le lui soustraire quand il voudrait » (Aintz, *Cours de droit civil français*, 2e éd., Paris, Mouny, 1880, IV, n° 1593, p. 215; V. aussi sur ce point, Laurent, XXVIII, p. 426 et 427, n° 435; Simon, *Du dessaisissement dans le contrat de gage*, thèse citée, p. 29). Ce point de vue de la protection du créancier était même le seul pris en considération par le droit romain pour exiger la dépossession du débiteur (V. Baudry, Lacantinerie et De Loynes, I, p. 27, n° 39).

En droit moderne, au contraire, la dépossession est également exigée pour révéler aux tiers l'affectation qui résulte du gage . « Si la valeur restait chez le débiteur, aucun signe extérieur ne révèlerait aux tiers que la chose est sortie du gage commun. On continuerait à traiter avec lui; à lui donner des délais au vu de cette valeur, en apparence libre de toute charge » (Thaller, *Droit commercial*, n°1087, p. 546; V. aussi Thézard, *Du nantissement, des privilèges et des hypothèques*, n° 12, p. 21; Baudry-Lacantinerie et De Loynes, I, n° 91; Simon, thèse citée, p. 30 et s.). C'est en définitive dans la plupart des cas le seul mode de publicité possible du droit mobilier de gage à l'égard des tiers, non seulement des acquéreurs de droits réels suffisamment protégés par l'article 2279, mais aussi des créanciers chirographaires qui pourraient sans cela être induits en erreur sur le crédit qu'ils peuvent accorder à leur débiteur; c'est pourquoi le droit réel cesse d'être opposable aux tiers lorsque le gagiste cesse volontairement d'avoir la possession (art. 2076).

Pour toutes ces raisons, la loi a été amenée à lier l'existence du droit de gage à la manifestation extérieure de ce droit, à ne reconnaître l'appropriation de droit par un créancier à son profit de la valeur d'une chose mobilière, que lorsqu'à cette appropriation de droit correspond une appropriation de fait, une main-mise exercée par le créancier ou son représentant sur la chose.

Sans doute la simple promesse de gage ou l'accord de volontés résultant d'un contrat de gage non suivi de la mise en possession seront valables, mais ils n'engendreront au profit du créancier qu'un droit personnel, une créance contre le débiteur, tendant à obtenir de lui le transfert de la possession qui seule réalisera définitivement l'affectation en valeur consacrée par le droit réel de gage. Les termes mêmes des articles 2071 et 2072 du Code civil, indiquent bien que le gage lui-même est lié, même entre parties, quant à son existence à la remise de la chose. C'est pourquoi il serait à notre sens insuffisant de ne voir, comme l'ont fait certains auteurs (Thaller et Percerou, *Dr. commercial*, n° 1087; Bartin sur Aubry et Rau, VI, § 432, p. 266, texte et note 19 quinquiès; Becqué, op. cit., n° 86, p. 85) dans la mise en possession qu'une mesure de publicité imposée dans l'intérêt des tiers et comparable par exemple à l'inscription en matière hypothécaire. Ce n'est là qu'un aspect à la vérité très important mais non pas le seul du rôle de la possession dans le gage.

D'une manière générale, la possession est nécessaire pour que la valeur de la chose donnée en gage soit affectée à la sûreté de la créance et grevée au profit du créancier d'un droit réel de garantie. Ainsi s'explique que le débiteur lui-même puisse se prévaloir de l'inexistence du gage à défaut de dépossession (V. plus haut, p. 41 et l'arrêt de la Cour de cassation du 18 mars 1898, D, 1900, 1, 481; S, 98, 1, 433).

§ 2. *Modalités et caractères de la possession du gagiste. - De la possession par l'intermédiaire d'un tiers convenu.* — I. - Du rôle de la possession dans le gage, résultent les caractères qu'elle doit présenter; il faut : 1° qu'elle soit de nature à sauvegarder en fait les intérêts du gagiste; 2° qu'elle soit suffisamment apparente pour révéler aux tiers l'affectation dont la chose et sa valeur font l'objet.

De même que la possession à titre de propriétaire ne suppose pas nécessairement une main-mise corporelle, mais seulement que la chose est utilisée par le possesseur à la manière d'un propriétaire ce qui varie avec la nature de la chose et les usages du commerce juridique; de même, le rapport établi entre la chose et le gagiste n'est pas nécessairement un rapport de main-mise corporelle.

Le commerce juridique peut introduire des modes spéciaux d'appropriation à titre de gage, par exemple considérer comme possesseur le porteur ou l'endossataire d'un titre représentant la chose ou sa valeur en tant qu'elle est spécialement affectée à une créance; tantôt le titre représentera à la fois la chose et sa valeur comme le connaissement dans le crédit documentaire; tantôt il représentera uniquement l'objet du droit et de la possession du gagiste, c'est-à-dire la valeur pécuniaire, et il pourra exister à côté de ce titre, un titre représentant les utilités matérielles de la chose, ce qui explique la dualité du warrant et du récépissé en matière de warrants commerciaux; enfin on pourra considérer comme possesseur celui qui sera désigné par une formalité juridique adéquate comme la mutation en douane pour les navires.

La loi doit reconnaître ces modes spéciaux comme constituant au profit du gagiste une véritable possession, s'ils sont appropriés au but qu'elle poursuit en exigeant la mise en possession dans le gage ou en faisant produire certains effets à la possession à titre de gagiste.

II. - En outre, la possession du gagiste comme toute autre peut être exercée par un tiers (art. 2076 C. civ.) qui est alors détenteur tant à son égard en ce qui concerne le droit de gage ou plus exactement la valeur pécuniaire incluse dans la chose qu'à l'égard du constituant en ce qui concerne la propriété ou plus exactement les utilités matérielles de la chose. Comme l'écrit J. Hémard (*Du gage commercial constitué par l'intermédiaire d'un tiers*, « Annales de dr. commercial », 1902, p. 109, n° 16) : « Par l'intermédiaire d'un tiers, ce sera toujours le créancier qui possédera parce qu'on peut posséder une chose qu'un autre détient; il suffit qu'on ait la chose à sa disposition par l'entremise de cette autre personne. Le créancier gagiste n'a pas la détention matérielle mais il a la possession juridique. Il n'y a aucune fiction à faire intervenir ici; la possession fictive ou symbolique est une conception erronée qui ne trouve nulle part sa raison d'être ou sa justification. » « Le tiers convenu *lato sensu*, écrit-il encore, répond à la qualité de dépositaire du gage pour le compte du gagiste ».

En définitive en cas de possession du gage par l'intermédiaire d'un tiers, la possession partielle reste sur la tête

du créancier qui l'exerce par son représentant; quant à la détention partielle exercée par le gagiste lorsque la chose donnée en gage lui est remise personnellement, elle est alors exercée par le tiers qui est en ce qui concerne les utilités de la chose non absorbées par le droit du gagiste, le représentant du constituant resté possesseur à cet égard.

Le tiers qui conservera ainsi la chose pour le compte du créancier sera ordinairement désigné par la convention des parties et c'est pourquoi l'article 2076. du Code civil parle de « tiers convenu ». Mais il peut également être désigné par la loi à raison de sa qualité; ce sera le cas du capitaine de navire pour le crédit documentaire, du magasin général pour les warrants commerciaux, de la douane pour les marchandises qui y sont « à la disposition du créancier » (art. 92 C. comm.), du voiturier pour les marchandises données en gage en cours de transport terrestre et représentées par une lettre de voiture, de la Caisse des dépôts et consignations pour les fonds destinés aux œuvres de prévoyance et sur lesquels les ouvriers et employés ont un droit de gage légal (L. 27 déc. 1895, art. 4), pour les fonds qui y sont consignés en cas de cantonnement d'une saisie arrêt avec affectation spéciale (art. 567 C. p. c., loi du 17 juillet 1907), pour le cautionnement des fonctionnaires et officiers publics, etc... Comme l'écrit Hémard (op. cit., p. 103) : « Le capitaine de navire, le voiturier, la douane, le magasin général jouent le rôle de tiers mais de tiers reconnus et en quelque sorte constitués par la loi ». O. Marais (*Rev. int. de dr. maritime*,V, p. 291) exprime à propos du rôle du capitaine de navire dans le crédit documentaire la même idée mais emploie à tort l'expression équivoque de « convention légale » qui évoque immédiatement l'idée de contrat tacite que nous avons plusieurs fois critiquée et rejetée : « Le capitaine, écrit-il, est un tiers possesseur convenu tel que le prévoit l'article 92 du Code de commerce: seulement ici la convention est légale et de plein droit, au lieu d'être formelle ».

Il y a même des cas qui ont été indiqués au cours de notre première partie où le tiers pourra être désigné par une décision judiciaire; c'est le cas notamment en cas de cantonnement avec affectation spéciale d'une saisie-arrêt lorsque le juge des référés décide que les fonds seront déposés non à la

Caisse des dépôts et consignations mais aux mains d'un tiers; c'est également le cas lorsqu'un créancier muni d'un gage tacite, par exemple le voiturier fait nommer un séquestre par Justice pour détenir les objets sur lesquels porte sa garantie.

En définitive le tiers jouant le rôle de représentant du gagiste quant à sa possession partielle, cette représentation pourra être conventionnelle, légale ou judiciaire (V. sur la distinction de ces trois sortes de représentation, Madray, p. 15 et s. et p. 203).

III. - L'exercice de la possession du gagiste par l'intermédiaire d'un tiers, peut se combiner avec un mode spécial d'appropriation à titre de gage résultant de la détention ou de l'endossement d'un titre représentant la chose ou sa valeur. Le gagiste détient (au sens corporel et non juridique) un titre représentant la chose, ou ce titre a été endossé à son profit, et celui qui est en rapport corporel avec la chose, est considéré comme son représentant dans l'exercice de sa possession partielle. La représentation peut être légale, et la loi ici ne voulant reconnaître comme possesseur que le porteur ou l'endossataire du titre, impose à celui qui détient matériellement la chose la qualité de détenteur, qu'il ait ou non passé un accord avec le gagiste; c'est ainsi que dans le crédit documentaire, la qualité de détenteur et de représentant légal du gagiste quant à sa possession partielle appartient non seulement au capitaine de navire, mais encore d'après la Jurisprudence (V. l'arrêt Wolf- Genestal cité plus haut, 1re partie, p. 99), à toute personne qui s'est fait délivrer les marchandises au détriment du porteur du connaissement dont l'endossement est le premier en date.

On peut citer comme exemples de cette combinaison de la possession par l'intermédiaire d'un tiers et de la possession résultant de la détention ou de l'endossement d'un titre représentatif de la chose, à côté du crédit documentaire, les warrants commerciaux, le gage des marchandises en cours de transport terrestre représentées par une lettre de voiture, les warrants agricoles, lorsque les objets warrantés ne sont pas laissés à la disposition du débiteur mais sont déposés entre les mains d'un tiers, d'un syndicat ou d'un comice agricole par exemple.

IV. - Le tiers détenteur peut représenter plusieurs gagistes; en effet, la possession du gagiste ne visant qu'à assurer l'appropiation de la valeur de la chose à concurrence seulement de sa créance, il peut y avoir encore place pour une autre affectation de la valeur et pour une autre possession à titre de gagiste, pourvu qu'elle soit exercée pour le compte de ce second créancier par celui qui est en contact avec la chose, qu'il s'agisse du premier gagiste ou d'un tiers détenteur. Ces différentes possessions à titre de gagiste pourront être représentées par des titres différents; par exemple par le connaissement et le « delivery-order » si celui-ci est conçu comme une coupure du connaissement (V. plus haut, 1re partie, p. 104 et s.) ou encore par le warrant commercial et le récépissé si celui-ci est détourné de sa fonction normale pour être endossé à titre de garantie, postérieurement à l'endossement du warrant.

V. - Dans tous les cas, l'exercice de la possession par l'intermédiaire d'un tiers, qu'il existe ou non entre les mains du gagiste un titre représentatif de la chose, ne porte pas atteinte à la nature du droit de gage qui continue à avoir pour objet un meuble corporel. Nous ne pouvons sur ce point souscrire à l'affirmation d'Hémard qui écrit (op. cit., p. 106, n° 12) : « Le gage par l'intermédiaire d'un tiers constitue le plus souvent sinon en principe un gage sur créance et notamment la présence d'un titre peut venir changer la nature du gage ». A notre sens, cette affirmation est inconciliable avec la manière de voir exposée plus haut et à l'appui de laquelle nous avons cité certains développements d'Hémard lui-même. Si le tiers détient la chose donnée en gage pour le compte du créancier gagiste, cette chose continue donc à faire l'objet à la fois de la possession et du droit réel du gagiste; sans doute il naît entre le tiers et le gagiste des rapports obligationnels mais il en est de même dans tous les cas de détention; par exemple en cas de dépôt, le déposant a contre le dépositaire un droit de créance ayant pour objet la restitution de la chose déposée; on ne dit pas pour cela qu'il a perdu, la possession et le droit réel, par exemple la propriété, qu'il avait sur elle antérieurement au dépôt ; il en est de même en matière de gage. Nous ne voyons pas en quoi la présence d'un titre peut changer quelque chose

à cette situation; le titre représente ici non une créance (ou plus exactement une prestation ainsi que nous le dirons plus loin) mais un bien corporel, une chose ou sa valeur; c'est bien ainsi que l'entend la Jurisprudence qui fait du titre soit en matière de crédit documentaire soit en matière de warrants agricoles « la représentation légale de la chose » et déclare que sa possession « équivaut à la possession réelle » et « a la même valeur et produit les mêmes effets juridiques ». (V. en matière de crédit documentaire, les arrêts Wolf-Genestal, cités plus haut, Ire partie, p. 99, et pour les warrants agricoles, les arrêts Mathéo-Petit cités, Ire partie, p. 204).

Il nous resterait à nous demander si la possession partielle du gagiste ne peut pas être exercée par le débiteur lui-même; nous traiterons plus loin de cette question à propos des gages dits « sans dépossession ».

Section IV.

De la possession du gagiste dans le gage des meubles incorporels et spécialement dans le gage des créances.

Nous avons vu dans notre première partie (V. plus haut, p. 126 à 137) les controverses et les difficultés soulevées par l'exigence de la dépossession dans le gage des meubles incorporels et notamment des créances. Rappelons tout d'abord qu'ainsi que nous l'avons déjà indiqué de façon sommaire (V. Ire partie, p. 109 et s.) et que nous le verrons plus loin en détail (V. infra, 2e partie, chap. IV, Sect. V, §2) ce qu'on appelle ordinairement le gage de créances ou plus généralement de meubles incorporels a pour objet, non point le droit de créance lui-même ou le droit réel intellectuel, mais la valeur du service, de la prestation due par le débiteur ou de l'œuvre intellectuelle se manifestant extérieurement. Ces droits dont nous aurons à préciser plus loin la nature ne peuvent être qualifiés de droits réels parce qu'ils n'ont pas pour objet des choses, des richesses, mais ils peuvent cependant

être rapprochés des droits réels du second degré en ce qu'ils ont comme eux pour objet une valeur pécuniaire. Nous avons vu d'autre part (p. 270 et 271) en étudiant la notion de possession, que les droits qui frappent les biens incorporels peuvent faire l'objet d'un exercice de fait, que l'on peut qualifier de possession à la condition d'observer que cette possession diffère de la possession des choses au même titre que les droits de créance ou les droits intellectuels diffèrent des droits réels proprement dits.

Il nous faut maintenant examiner si cette possession doit être remise au gagiste dans ce que l'on appelle le gage des meubles incorporels et dans l'affirmative en quoi elle consiste. Par là nous serons amenés à résoudre la question de savoir si les droits du second degré qui ont pour objet des biens incorporels (prestations ou produits de l'intelligence) peuvent être assimilés ou comparés à des droits de gage. Ce qui caractérise le gage, c'est qu'une personne qui a (ou prétend avoir dans certaines conditions) un droit sur la valeur d'un bien est mis en relation directe avec ce bien envisagé dans son individualité afin que toute utilisation directe du bien par une autre personne pouvant en diminuer la valeur soit rendue impossible. Les droits du second degré portant sur des biens incorporels sont-ils organisés sur ce type?

Nous examinerons successivement à ce point de vue le gage des créances et le gage des biens incorporels autres que les créances.

§ 1. *La possession dans le gage de créances.* — Ce qu'on appelle le gage de créances suppose qu'un débiteur affecte à la sûreté de sa dette, une prestation à lui due par une autre personne, en donnant à son créancier le droit de réaliser la valeur pécuniaire de cette prestation par l'aliénation du droit de réclamer celle-ci.

Pour que ce droit du créancier puisse être efficace, il ne faut pas que jusqu'à l'échéance de la dette garantie le débiteur puisse réclamer et obtenir l'exécution en nature de la dite prestation. Or certaines conditions de fait sont nécessaires pour qu'une personne puisse en fait obtenir d'une autre

une prestation à laquelle elle prétend avoir droit; il faut d'abord qu'elle soit reconnue comme créancière par le débiteur ou soi disant tel; il faut aussi le plus souvent qu'elle soit munie d'un titre qui tantôt est un simple mode de preuve et tantôt représente la créance ou plus exactement la prestation due.

Celui qui réunit ces conditions peut être considéré comme le possesseur de la créance pourvu qu'il ait l'intention de se comporter en créancier, et la loi attache certaines conséquences à cette possession (art. 1240 C. civ.; art. 1690 qu'on a pu comparer à l'article 1141; application de la saisine héréditaire aux créances). Il n'y a pas lieu de s'arrêter à l'objection que la possession suppose un usage et une jouissance continus et répétés, alors que l'exercice de la créance ne se traduisant que par le paiement qui l'éteint ne peut présenter cette continuité nécessaire (Molitor, n° 14, p. 32; n° 91, p. 167; Demolombe, *Traité des contrats et des obligations*, IV, p. 152); en effet d'une part, avant l'échéance, l'exercice de la créance peut se traduire par des actes conservatoires ou par la perception des intérêts et c'est seulement l'exercice « plein et entier » du droit qui se confond avec son extinction; mais on peut en dire autant de la possession à titre de propriétaire. l'exercice « plein et entier » de la propriété consistant dans l'aliénation ou la consommation totale; d'autre part, la possession est plus l'état de fait permettant l'utilisation d'une richesse ou d'un service que cette utilisation elle-même.

En ce qui concerne le gage des créances au plutôt des prestations, il fallait, tant dans l'intérêt du créancier gagiste afin d'éviter que le débiteur puisse obtenir l'exécution que dans celui des tiers pour leur permettre de connaître le droit du gagiste, que ces conditions de fait qui constituent en quelque sorte le *corpus* de la possession des créances ne soient plus remplies par le débiteur, et notamment que le débiteur de la créance engagée fut averti par une signification, à moins qu'il ne se soit engagé à l'avance envers quiconque posséderait le titre ou remplirait certaines conditions, qu'on l'explique par l'incorporation de la créance dans le titre ou par l'idée de délégation.

Pour les mêmes raisons, il fallait que les titres soient remis au créancier. Celui-ci devient donc sinon possesseur complet de la créance ou plutôt de la prestation due, en tant que créancier réel ou prétendu du débiteur de la créance donnée en gage, du moins possesseur partiel à titre de gagiste.

Mais cette possession n'est admise que pour permettre au gagiste de veiller à la conservation de la valeur pécuniaire de la prestation; pour ce qui est de la prestation elle-même, il n'a pas le droit d'en recevoir l'exécution. Cependant, il a, en ce qui la concerne, le pouvoir de faire, comme représentant de son débiteur (on pourrait presque dire comme détenteur de la créance ou de la prestation). certains actes qu'il peut seul accomplir à raison de sa situation de fait : c'est ainsi que pour les effets de commerce, à raison de l'urgence, il peut exceptionnellement en recouvrer le montant (art. 91 C. comm.) et même sa responsabilité serait engagée, s'il ne le faisait pas; il peut à la fois dans son intérêt et dans celui de son débiteur recouvrer les intérêts (art. 2081 C. civ.), faire les actes conservatoires (interruption de prescription, inscription d'hypothèque, inscription du privilège de séparation des patrimoines pour les créances dérivant d'un legs). Nous considérerons également, bien que ces solutions soient controversées en Jurisprudence, qu'il peut, mais sous sa responsabilité et à la condition de ne pas préjudicier aux droits et aux intérêts du débiteur, assister aux assemblées générales en cas de gage d'actions de société; intenter les actions en responsabilité contre les administrateurs.

Une fois qu'il a été payé, il est tenu à restitution c'est-à-dire à remettre le titre et à donner main-levée.

En tant qu'il a agi dans l'intérêt de son débiteur, il a le droit de se faire rembourser ses dépenses de conservation (frais de recouvrement des effets de commerce par exemple).

La possession partielle du gagiste, indépendamment de son rôle pour l'acquisition et la conservation du droit de gage sur la valeur de la créance ou de la prestation, produit par elle-même certains effets (application de l'article 2279 aux créances constatées par des titres au porteur; de l'article 1240 C. civ., au paiement des intérêts).

§ 2. *La possession dans le gage des biens incorporels autres que des créances.* — A. - *Gage d'œuvres intellectuelles.* — C'est un droit sur la valeur pécuniaire que représente l'exploitation d'une idée se manifestant sous la forme d'un symbole extérieur variant avec le caractère de l'idée (manuscrits, tableaux, statues, dessins et marques de fabrique) et exigeant parfois pour cette manifestation la possession de certains objets matériels (planches gravées, pierres lithographiées); cette idée est parfois représentée par un titre(brevet d'invention). Celui qui possède ce symbole, ces objets matériels, ce titre peut en fait utiliser ou exploiter l'idée; on peut dire qu'il possède l'œuvre qui n'est que l'idée se manifestant extérieurement et susceptible d'une exploitation exclusive.

Pour qu'un droit affectant la valeur de l'œuvre au paiement d'une créance soit efficace et aussi dans l'intérêt des tiers, lorsque la publicité n'en a pas été organisée par la loi, ce qui est encore le cas à l'heure actuelle pour les œuvres littéraires et artistiques, il est nécessaire que ces éléments de la possession des œuvres intellectuelles soient enlevés au débiteur et remis au créancier.

Nous approuverons donc sur ce point la Jurisprudence qui ainsi que nous l'avons indiqué (V. plus haut, p. 153) a admis qu'une œuvre littéraire ou artistique pouvait être donnée en gage et que la mise en possession en ce cas se réalisait par la remise au créancier des moyens matériels d'exploitation de l'œuvre (manuscrits, statues, planches gravées, etc...)

Seulement ici encore la possession du gagiste n'est que partielle et ne lui est donnée que pour lui permettre de veiller à la conservation de la valeur qui lui est affectée; en ce qui concerne l'œuvre elle-même, il en détient les moyens matériels d'utilisation ou le titre représentatif pour le compte du débiteur. C'est pourquoi nous avons noté qu'il ne pouvait avant l'échéance utiliser ou exploiter l'œuvre à son profit ni à plus forte raison porter atteinte au « droit moral » de l'auteur.

B. - *Gage d'universalités.* — Nous avons noté plus haut (V. p. 156) que la question ne pouvait se poser pour les universalités de droit, celles-ci n'étant pas des biens proprement dits et ne pouvant faire l'objet d'un droit quelconque,

par conséquent d'un droit de gage. D'autre part pour les universalités de fait comprenant uniquement des choses, des biens corporels, elles sont elles-mêmes des biens corporels et leur mise en gage est soumise aux conditions du gage des meubles corporels donc à la mise en possession.

La question ne peut donc se poser que pour les universalités de fait qui tels les fonds de commerce comprennent des éléments incorporels. En pareil cas c'est la nature tant des éléments corporels que des objets extérieurs servant de symbole aux éléments incorporels ou à certains d'entre eux qui détermine le régime juridique de la sûreté s'appliquant à l'universalité envisagée globalement ; suivant que les raisons d'être des caractéristiques du gage se retrouveront en eux, cette sûreté se rapprochera du gage ou de l'hypothèque et comportera ou non la dépossession du débiteur; c'est ainsi que le nantissement des fonds de commerce est une forme intermédiaire qui se rapproche beaucoup plus de l'hypothèque que du gage mais pour laquelle on n'a pas pu éliminer complètement les règles du gage en ce qui concerne les meubles corporels qui en font partie; c'est ainsi que la Jurisprudence a été amenée à appliquer au sujet de ces meubles et au bénéfice du créancier nanti l'article 2279 du Code civil en considérant l'inscription du nantissement comme réalisant dans une certaine mesure la mise en possession à titre de gage des meubles composant le matériel du fonds de commerce (V. plus haut, p. 167).

Section V.

De la possession du créancier gagiste dans les cas de gage dits « sans dépossession ».

Nous avons vu dans notre première partie que le droit moderne a introduit de nouvelles variétés de gage dans lesquelles le débiteur ne se déssaisissait pas matériellement de l'objet donné en gage : nantissement des fonds de commerce, warrants agricoles, hôtelier, pétroliers, vente à crédit des voitures automobiles. Nous avons vu aussi qu'une partie

importante de la doctrine voit dans ces institutions des hypothèques mobilières. Au contraire les textes législatifs et dans la plupart des cas les solutions jurisprudentielles font rentrer ces cas dans le cadre du gage en déclarant que le créancier porteur d'un titre représentant la chose ou désigné par une inscription sur un registre public, doit être considéré comme un gagiste ayant la possession à titre de gage de la chose dont la valeur est ainsi affectée à la garantie de sa créance.

Ces institutions posent la question de savoir si la possession partielle du gagiste peut être exercée par le débiteur jouant ainsi le rôle d'un tiers convenu.

Rien ne s'oppose théoriquement à ce que le détenteur du gage pour le compte du gagiste soit le débiteur lui-même; celui-ci a en effet renoncé à son droit de retirer la valeur pécuniaire de la chose en l'aliénant ou plus exactement en touchant le prix à provenir de cette aliénation, à concurrence du moins de la créance du gagiste; il en est résulté un démembrement de la propriété, d'ailleurs très différent de celui résultant de la création des droits réels principaux, qui a rendu possible le démembrement de la possession. La possession partielle du gagiste peut être exercée par l'intermédiaire du débiteur qui possédera en même temps directement pour son propre compte, les avantages matériels de la chose qu'il a voulu se réserver. Seulement cette combinaison connue du Droit Romain qui permettait au créancier de laisser au débiteur la jouissance de la chose en vertu d'un contrat de louage ou d'une concession à précaire, présente de graves inconvénients qui font qu'elle n'est pas admise en principe en Droit français : 1° elle semble mettre en péril les intérêts du gagiste et supprimer la garantie qu'il trouvait dans la main-mise de la chose contre les détournements et détériorations possibles; la responsabilité du débiteur en sa qualité de détenteur partiel pour le compte du gagiste n'est pas une sûre garantie d'où, la nécessité de la fortifier par une responsabilité pénale comme nous l'avons vu pour les warrants agricoles et hôteliers ; 2° la dépossession résultant ici d'une simple interversion du titre du débiteur ne peut rendre public le droit du gagiste; d'où nécessité d'une publicité spéciale.

Cette organisation de la possession du gagiste a donc été restreinte au cas où le dessaisissement matériel du débiteur aurait présenté de trop graves inconvénients à raison de la nature du gage et où l'organisation d'une publicité indépendante de la possession était possible; elle n'a pas pour cela porté atteinte au principe de la nécessité de la dépossession dans le gage ni transformé les droits dont s'agit en hypothèques.

On doit cependant dans le cas où le débiteur conserve la détention de la chose, distinguer le cas où la possession du gagiste est remplacée par la possession d'un titre représentatif de la chose et celui où on lui a substitué une formalité telle que l'inscription sur un registre public.

§ 1. *La possession d'un titre représentatif de la chose donnée en gage peut-elle équivaloir à la possession réelle?* — Nous avons déjà exposé la théorie de la représentation des choses mobilières par un titre (V. 1re partie, p. 76) et nous n'y reviendrons pas; en pareil cas le possesseur du titre a en même temps de par l'effet des dispositions légales, la possession de la chose; il n'y a pas là une fiction mais l'effet d'une réglementation légale de l'élément de fait de la possession; en pareil cas toute personne qui se trouve en contact avec la chose a la qualité de détenteur pour le compte du possesseur du titre; il importe peu que cette personne soit un tiers ou le débiteur lui-même. Ce qui trompe en ce cas, c'est qu'il n'est que détenteur partiel et qu'il continue à posséder pour lui-même les utilités matérielles; mais pour tout ce qui concerne ce à quoi prétend uniquement le gagiste c'est-à-dire la valeur pécuniaire incluse dans la chose, il est détenteur pour le compte de celui-ci au même titre qu'un tiers.

En conséquence il a l'obligation de veiller à la conservation de la chose qui lui est laissée parce que cette chose dans sa matérialité renferme la valeur pécuniaire affectée à la sûreté de la créance du gagiste et qu'il est son représentant légal pour la conservation et la sauvegarde de celle-ci. C'est à juste titre que les lois sur les warrants agricoles ou hôteliers ont renforcé cette responsabilité civile en punissant

des peines de l'abus de confiance le débiteur qui détourne le gage, car la chose warrantée est dans une certaine mesure celle du créancier.

En même temps on a dû révéler aux tiers par une publicité adéquate, le changement qui était survenu dans la possession du débiteur.

C'est sur ce type que sont organisés les warrants agricoles, hôteliers, pétroliers et le gage des automobiles vendues à crédit. Dans ce dernier cas le titre qui représente la chose ou plus exactement sa valeur est nous le savons le récépissé délivré par la Préfecture au gagiste.

Par la détention du titre le gagiste conserve sa possession partielle; il n'a abandonné en somme au gagiste que la détention de la chose et se débarrasse en même temps de la responsabilité qui découlait pour lui de sa qualité de détenteur partiel ou de représentant du débiteur pour l'exercice de la partie de la possession que celui-ci avait conservé sur la chose; cette possession est exercée désormais par le débiteur lui-même et c'est lui qui encourt une responsabilité nouvelle du fait qu'il exerce la possession du créancier.

On voit que ces gages dits « sans dépossession » seraient plus exactement nommés gages « sans détention ».

§ 2. *Des mesures de publicité peuvent-elles opérer un transfert de possession*?. — Si des mesures de publicité sont nécessaires dans les cas que nous venons de citer, elles ne constituent pas à elles seules l'interversion de la possession du débiteur, celle-ci résultant de la création d'un titre représentatif de la chose et de sa possession par le créancier; elles ne sont prescrites que dans l'intérêt des tiers.

Peut-on concevoir un transfert de possession s'opérant uniquement par une formalité telle que l'inscription sur un registre public?

Cela n'est pas impossible et nous avons vu que la Jurisprudence l'avait admis à propos de la mutation en douane pour les navires, avant la création de l'hypothèque maritime. Mais encore faut-il que cette formalité ait pour effet d'établir un lien entre le droit du créancier et l'individualité de la chose, d'attribuer dans une certaine mesure au débiteur la qualité

de détenteur pour le compte du créancier gagiste et de lui imposer en conséquence l'obligation de conserver la chose pour le compte de celui-ci.

Or dans le seul cas où la question puisse actuellement se poser, celui du nantissement des fonds de commerce, il ne semble pas que la loi de 1909 ait sous réserve de certaines dispositions (notamment en cas de déplacement du fonds) créé ce lien ni imposé au débiteur cette qualité et ces obligations. Elle semble plutôt avoir organisé le droit du créancier nanti comme une hypothèque mobilière que comme un droit de gage. Il n'empêche cependant que la Jurisprudence a pu à certains points de vue, (art. 2279 C. civ., pour les meubles corporels faisant partie du fonds) considérer l'inscription comme opérant un transfert de possession.

En définitive il semble que l'on ne puisse jamais en matière mobilière, réaliser une affectation directe et immédiate de la valeur d'un bien au profit d'un créancier, sans lui en donner en partie la possession. Toutefois cette possession peut être plus ou moins complète et dans certains cas n'apparaître que très faiblement; son droit alors ressemble plus à une hypothèque qu'à un gage, ce qui est le cas pour le nantissement des fonds de commerce.

CHAPITRE III.

Du droit de rétention du créancier gagiste.

Tous les auteurs s'accordent à qualifier le droit reconnu au créancier gagiste par l'article 2082 , alinéa 1 de ne restituer la chose donnée en gage qu'après le payement de sa créance, de droit de rétention. Mais le droit de rétention ayant une existence propre en dehors du gage, la question se pose de savoir si le droit de rétention du gagiste ne serait qu'une variété, un cas d'application de la notion générale du droit de rétention ou au contraire s'il n'apparaît pas simplement comme une conséquence soit du contrat de gage, soit du droit réel de gage.

De même que nous n'avons pu examiner la possession du créancier gagiste qu'après avoir étudié au moins sommairement les notions de possession et de détention en général, de même l'examen de la nature et des effets de ce que l'on appelle le droit de rétention du créancier gagiste supposent préalablement l'examen de la notion générale du droit de rétention. Cet examen nous amène naturellement, avant même d'avoir étudié en détail le droit réel de gage, à comparer entre eux le droit de gage et le droit de rétention.

D'autre part, à côté de ce qu'on appelle ordinairement le droit de rétention du créancier gagiste et qui a pour but d'assurer le payement de la créance garantie par le droit réel de gage et le privilège du gagiste, nous verrons que la notion générale du droit de rétention peut venir jouer à l'occasion de l'institution du gage pour garantir au profit du créancier le payement d'autres créances qui ne sont garanties ni par son droit réel ni par son privilège; elle peut de

même jouer au cas où un vice du contrat de gage empêche celui-ci de produire tous ses effets et notamment d'entraîner la mise en mouvement des dispositions légales qui régissent le droit réel et le privilège du gagiste.

Nous consacrerons donc notre première section à l'examen de droit de rétention en général par comparaison avec la notion de droit de gage; nous examinerons ensuite la nature et les effets du droit de rétention du gagiste; une troisième et dernière section sera consacrée à l'intervention de la notion générale de droit de rétention au sein de l'institution du gage.

Section Première

Droit de gage et droit de rétention.

I. - On définit traditionnellement le droit de rétention : « un droit en vertu duquel une personne qui possède ou détient une chose appartenant à autrui est autorisée à en conserver ou en retenir la possession ou la détention jusqu'au payement de ce qui lui est dû à l'occasion de cette chose par son propriétaire » (Baudry-Lacantinerie et De Loynes, XXV, n^{oo} 220 et s.).

Cette définition trop générale et un peu confuse réflète les hésitations de la doctrine du XIX^{e} siècle sur le domaine d'application, les effets et la nature juridique du droit de rétention. Celui-ci n'ayant nulle part dans le Code civil fait l'objet d'une définition générale n'a été consacré par lui qu'indirectement par voie d'applications concrètes dans des cas isolés où la loi permet à un créancier qui exerce en fait une main-mise matérielle sur un bien appartenant à son débiteur et qui au surplus n'a sur ce bien ni droit réel ni privilège, de ne s'en dessaisir qu'après payement.

L'extension progressive du droit de rétention à des cas non prévus par les textes ainsi que la détermination de ses effets et de sa nature juridique ont suscité bien des controverses dans le détail duquel il nous est impossible d'entrer.

Tandis que certains auteurs tels Laurent (*Principes du droit civil français*, III, n° 284-286, 293-94) se refusaient à admettre le droit de rétention en dehors des cas prévus par les textes, d'autres au contraire admettaient cette extension, mais ne s'accordaient pas entre eux sur les conditions auxquelles ce droit pouvait être reconnu à un créancier en dehors d'un texte formel. Tous s'efforçaient de dégager des cas réglés expressément par la loi une théorie générale du droit de rétention susceptible d'être appliquée en dehors des textes, mais les résultats de ces efforts était loin d'être concordants. Pour les uns, il fallait à la fois 1° que la créance du rétenteur soit connexe à la chose; 2° que la détention se rattache à une convention ou tout au moins à un quasi contrat et que la dette connexe à la chose détenue ait pris naissance à l'occasion de cette convention ou de ce quasi-contrat (Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, III, § 256 bis). D'autres s'en remettaient au juge du soin d'accorder ou de refuser le droit de rétention, en l'absence d'un lien contractuel entre les parties (Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, IX, n° 682) . D'autres enfin exigeaient uniquement l'existence d'une connexité entre la créance et la possession de la chose, qu'il y ait ou non entre les parties un lien dérivant d'un contrat ou d'un quasi-contrat (Guillouard, *Droit de rétention*, n^{os} 51 et s.). Cette dernière théorie à laquelle se sont ralliés de auteurs plus récents (Josserand, *Cours de droit positif français*, II, n° 1468 et s.) et qui est généralement connue sous le nom de théorie du *debitum cum re junctum* est ordinairement considérée comme celle à laquelle se serait ralliée en définitive après de nombreuses hésitations et incertitudes la Jurisprudence (V. sur l'évolution de la Jurisprudence, J. Bonnecase, *Précis de droit civil*, II, n° 75 et s., p. 103 et s.).

D'autres conceptions se sont fait jour dans la doctrine moderne parmi lesquelles certaines ont parfois confondu le droit de rétention avec l'exception *non adimpleti contractus* en vertu de laquelle une personne tenue de livrer une chose en vertu d'une convention synallagmatique peut se refuser à cette délivrance si l'autre partie n'exécute pas son engagement (V. sur les tendances générales de la doctrine moderne en matière de droit de rétention J. Bonnecase, *Précis de*

droit civil, II, n° 89 et s., p. 115 et s. et sur les rapports du droit de rétention avec l'exception *non adimpleti contractus* les conceptions de MM. Ferron et Cassin citées par M. le professeur Bonnecase, op. cit., n° 90, p. 118 et s.).

Divisée sur les conditions d'admission du droit de rétention, la doctrine l'est aussi sur la nature de ce droit et sur la question de savoir s'il est ou non opposable aux tiers : Pour les uns, le droit de rétention est un droit personnel s'opposant aussi bien au privilège qu'au droit réel et n'est pas opposable aux tiers (Laurent, XXIX, n° 292; Troplong, *Du nantissement*, n°s 442 et s.). Pour Aubry et Rau (III, p. 119), ce serait un droit personnel ayant une physionomie spéciale du fait qu'il serait opposable aux tiers. Pour Guillouard (*Droit de rétention*, n°° 22 et s.) le droit de rétention est un droit réel bien qu'il ne soit pas muni du droit de suite.

Les incertitudes de la Doctrine et de la Jurisprudence à propos du droit de rétention ont provoqué l'apparition d'assez nombreuses monographies et études spéciales sur ce sujet, spécialement sous forme de thèses de doctorat. Citons notamment : J. Olier, *Etude historique et juridique des cas d'application de la rétention légale*, Toulouse, 1894; Pinot, *Essai d'une théorie du droit de rétention, au point de vue législatif*, Thèse, Paris, 1908; Pogonato, *Du droit de rétention*, Paris, 1909; Panaît Bobes, *Les cas d'application du droit de rétention*, Thèse, Paris, 1913; Hommel, *Le droit de rétention essai d'une théorie en droit français*, Thèse, Strasbourg, 1928).

Certaines de ces thèses ont délibérément laissé de côté les données des textes et n'ont tenu aucun compte des solutions les plus certaines de notre droit positif; aussi leurs auteurs qui ne veulent connaître que les nécessités pratiques, les exigences du crédit, etc... ont-ils été amenés à édifier des constructions dont le moins que l'on puisse dire est qu'elles n'ont aucune base dans le droit actuel et ne pourraient tout au plus être prises en considération que pour l'édification d'une législation nouvelle; c'est ainsi que Pinot (Thèse citée, p. 231 et s.) examinant « ce que doit être le droit de rétention dans la théorie du crédit » est amené à faire du droit de rétention un droit réel muni d'un privilège et d'un droit de suite tout au moins en cas de dépossession involontaire;

une telle conception qui aboutirait en définitive à faire du droit de rétention, un véritable droit de gage légal est tout à fait étrangère à notre droit, puisqu'elle confond deux choses qu'il a très bien distinguées : le droit de gage dit tacite et le simple droit de rétention.

II. - Pour nous, nous plaçant uniquement sur le terrain du droit positif en vigueur, nous nous rallierons au sujet du droit de rétention aux conceptions émises par M. le professeur Bonnecase (*Supplément au Traité* de Baudry-Lacantinerie, V, page 571-680; *Précis de Droit civil*, II, nos 73 et s., p. 101 et s.).

Le droit de rétention nous apparaît comme distinct tant de l'exception *non adimpleti contractus* et de la compensation que des divers moyens de contrainte et d'exécution dont sont pourvus les créanciers. A plus forte raison il est indépendant du gage proprement dit qui entraîne un privilège lequel fait défaut au créancier muni d'un droit de rétention (V. sur tous ces points J. Bonnecase, *Précis de droit civil*, II, n° 101, p. 128).

Il a une existence indépendante à la fois de tout lien contractuel ou quasi-contractuel entre les parties et de la notion du *debitum cum re junctum* c'est-à-dire de la connexité matérielle ou objective, comme le démontrent les articles 1749, 2082, 2§, 1293 et 1885 du Code civil (J. Bonnecase, op. cit., n° 94). Son domaine d'application doit être déterminé en prenant en considération les rapports de patrimoine à patrimoine et non point les rapports d'une chose envisagée isolément et d'une créance également envisagée isolément, ce qui permet de le rapprocher de la notion d'enrichissement sans cause sanctionnée par l'action *de in rem verso*. Une telle conception conduit inévitablement à admettre que « le droit de rétention intervient chaque fois qu'un créancier se trouve pourvu de la maîtrise matérielle sur une chose appartenant à son débiteur, sous réserve d'un texte contraire, comme aussi de l'hypothèse où cette chose serait venue dans les mains du créancier par des voies illicites, notamment par la violence » (J. Bonnecase, op. cit., n° 93, p. 122).

Le droit de rétention est opposable aux tiers ainsi que cela résulte des articles 1749 et 867 du Code civil (V. Bonnecase,

op. cit., n° 94, 4e proposition, p. 123) mais cela n'a pas pour résultat d'en faire un droit réel « pour la bonne raison qu'on ne retrouve en lui aucun des éléments de la nature organique des droits réels principaux ou des droits réels du second degré » (J. Bonnecase, loc. cit., n° 99, p. 127). Cela est évident pour les droits réels principaux qui ont pour but l'utilisation matérielle de la chose considérée dans son individualité organique, mais est également exact pour les droits réels du second degré qui par delà l'individualité organique de la chose visent à l'appropriation totale ou partielle de sa valeur économique. Il n'en est pas de même pour le rétenteur qui n'a aucun droit de préférence sur le prix et dont le droit se borne à conserver la chose en attendant son payement. (V. Bonnecase, op. cit., n° 102, p. 109). « La créance munie du droit de rétention demeure donc une créance chirographaire dotée d'un gage spécialisé (ce mot pris dans un sens large différent du droit de gage proprement dit) au sein du patrimoine du débiteur ». En définitive « le droit de rétention répond à la notion de *créance chirographaire à gage spécialisé* » (Bonnecase, op. cit., n° 99, p. 127).

Il apparaît donc comme une forme spéciale du gage général reconnu à tout créancier par l'article 2092 du Code civil sur le patrimoine de son débiteur, se fixant à raison des circonstances sur un élément particulier de ce patrimoine; or nous savons déjà et nous verrons ultérieurement avec plus de détails que ce gage n'a de commun que le nom avec le droit de gage proprement dit.

Nous nous permettrons d'ajouter que le droit de rétention est lié à la notion de *détention intéressée* que nous avons précédemment exposée.

Ceci dit et étant établi que le droit de rétention nous apparaît comme une institution autonome distincte du droit de gage il nous faut voir si ces deux notions peuvent en quelque sorte s'interpénétrer et si le droit de rétention peut venir jouer à travers l'institution du gage ou à l'occasion de cette institution. Tel sera l'objet des deux sections suivantes.

Section II.

Le créancier gagiste possède-t-il un droit de rétention? Ce qu'on appelle ainsi n'est-il pas la conséquence de son droit réel?

Nous ne nous occuperons dans cette section que du droit reconnu au créancier gagiste par l'article 2082, alinéa 1 de conserver la chose donnée en gage pour sûreté de la créance garantie par le gage, que celui-ci soit du reste conventionnel ou légal.

Nous examinerons successivement à ce sujet les conceptions émises par la doctrine sur la nature du droit de rétention du gagiste et celles résultant des décisions de la Jurisprudence en la matière avant de procéder à l'examen critique de ces conceptions et de proposer une solution.

§ 1. *La nature du droit de rétention du créancier gagiste d'après la Doctrine.* — En apparence, la plupart des auteurs font du droit de rétention du gagiste un droit distinct du droit de gage proprement dit c'est-à-dire du droit réel et du privilège du gagiste; mais tandis que pour certains, ce droit est identique par sa nature et ses effets au droit de rétention ordinaire, pour d'autres au contraire il présente une physionomie spéciale du fait qu'il aurait seulement pour but de permettre l'exercice par le gagiste de son privilège. Par contre, le droit de rétention semble parfois présenté comme un élément ou un effet du droit réel de gage. Les développements des auteurs sur ce point sont parfois influencés par la conception générale qu'ils se font du droit de rétention en général de sa nature et de ses effets; parfois au contraire, les solutions qu'ils donnent impliquent une certaine indépendance du droit de rétention spécial au gagiste à l'égard de la notion générale du droit de rétention.

I. - Dans l'opinion qui se refuse à admettre l'opposabilité aux tiers du droit de rétention ordinaire, on admet généralement qu'il en est de même de celui du gagiste. Celui-ci

concernerait exclusivement les rapports du créancier et du débiteur et serait par conséquent très nettement distinct du droit de gage proprement dit ou si l'on veut du privilège du gagiste. En définitive il ne différerait du droit de rétention ordinaire que par son origine contractuelle.

Cette opinion est notamment exprimée par Baudry-Lacantinerie et De Loynes (*Du nantissement, des privilèges et des hypothèques*, n° 100, p. 71) : « Le droit qui appartient ainsi au créancier, écrivent ces auteurs, de conserver la possession de la chose *jure pignoris* jusqu'à parfait payement est connu dans la doctrine sous le nom de droit de rétention. Ce droit est fondé sur la *loi du contrat*. Si le créancier a exigé un gage c'est qu'il n'avait pas foi dans la solvabilité du débiteur. Si le débiteur a consenti à le donner, c'est que cette sûreté est une condition en l'absence de laquelle le créancier n'aurait pas accepté la convention.

Par conséquent, l'objet remis en gage doit, en vertu de la volonté des parties, demeurer entre les mains du créancier jusqu'à ce qu'il ait été complètement désintéressé. On enseigne généralement que le droit de rétention du gagiste est réel et par conséquent opposable aux tiers. On invoque cependant de fortes raisons pour soutenir que *ce droit est personnel* et que *le créancier ne peut s'en prévaloir qu'à l'égard du débiteur; dans ses rapports avec les tiers, il ne jouirait que de son privilège...*»

Laurent (XXVIII, p. 495, n° 500) soutient une opinion analogue en termes très nets : « La loi donne au créancier gagiste un droit de rétention qu'il *ne faut pas confondre avec le privilège* qui est attaché au gage... *Le droit de rétention concerne uniquement les rapports du créancier et du débiteur...* ».

Cette conception fait donc du droit de rétention, un droit purement personnel, non opposable aux tiers, dérivant de la volonté des parties et nettement différent du privilège du gagiste; elle concorde parfaitement avec la nature et les effets juridiques reconnus par ces auteurs au droit de rétention en général.

II. - Au contraire certains des auteurs qui, tout en considérant le droit de rétention comme un droit personnel, admettent en principe son opposabilité aux tiers, font une exception pour le créancier gagiste.

C'est ainsi que Aubry et Rau (5e éd., VI, § 434, p. 277) admettent que quand le gage est régulièrement constitué conformément aux articles 2074 et 2076 du Code civil, le créancier, suffisamment protégé par son droit de préférence, ne peut pas exiger vis-à-vis des tiers d'être désintéressé avant tout dessaisissement de l'objet et doit se contenter de faire valoir son droit de préférence sur le prix.

De même Pont (Petits contrats, II, nº 1184, 1271 et s.) qui permet au rétenteur d'opposer son droit aux tiers estime qu'il n'en est pas de même du gagiste soumis à cet égard à une règle spéciale.

Dans cette conception, le droit de rétention apparaît à la fois comme distinct du privilège du gagiste et du droit de rétention en général; ce n'est qu'une exception personnelle opposable au débiteur seul et ayant pour but de permettre au gagiste de conserver la possession de la chose, condition nécessaire à l'exercice de son privilège à l'égard des tiers.

III. - Les auteurs récents sont loin d'être d'une netteté parfaite au sujet de la nature du droit de rétention du créancier gagiste. Ils semblent tantôt considérer ce droit comme un effet du droit réel de gage, tantôt le considérer comme un droit distinct opposable aux tiers et identique par sa nature au droit de rétention en général, tantôt enfin comme une conséquence des modalités de l'obligation de restitution imposée au gagiste. Ces différentes conceptions peuvent même cohabiter en quelque sorte chez le même auteur comme le montrent les développements de Planiol à ce sujet.

Cet auteur (Planiol et Ripert, *Traité élémentaire*, II, nº 2429) semble d'abord englober le droit de rétention dans sa définition du droit réel de gage : « Le gage est un droit qui consiste à *pouvoir détenir la chose d'autrui*; c'est l'effet caractéristique et traditionnel du *pignus* romain et du nantissement moderne. Mais ce droit sur la chose d'autrui n'est pas donné au gagiste pour lui permettre d'utiliser la chose à son profit comme pourrait le faire un propriétaire ou un usufruitier; son étendue est déterminée par le but de son institution. On veut garantir le créancier et lui permettre de disposer de la chose pour en appliquer le prix à l'extinction de la créance. La vente du gage est donc le but final de

l'institution; *la possession du gage par le créancier n'est qu'un moyen de lui assurer la possibilité de vendre à l'échéance.* »

Plus loin Planiol fait du droit de rétention la conséquence du caractère conditionnel de l'obligation de restituer (Planiol, op. cit., n° 2440, p. 803) : « Le gagiste ayant reçu la chose d'autrui est personnellement obligé de la rendre quand le terme est arrivé et qu'il a été payé (art. 2082, C. civ.). Son obligation de restituer est donc *conditionnelle* et *il peut repousser la réclamation du propriétaire de la chose engagée, tant que cette condition du payement n'est pas remplie.* C'est ce qui constitue pour lui le *droit de rétention* ».

Enfin tout en distinguant le droit de rétention proprement dit du droit de gage, il semble voir dans celui-ci un droit distinct du privilège et du droit réel de gage qui viendrait se joindre à eux et ne se différencierait du droit de rétention ordinaire que par son caractère conventionnel (Planiol, op. cit., n° 2515, p. 822) : « Le droit de rétention n'est pas l'équivalent d'un nantissement; le créancier gagiste ou antichrésiste a d'*autres droits* que celui de retenir la chose; en outre son droit de rétention est pour lui *conventionnel* ».

IV. - Colin et Capitant, (*Cours élém. de droit civil français*, II, p. 836 et s.) semblent voir dans le droit de rétention du gagiste un droit distinct du privilège et du droit réel et ayant les caractères reconnus par ces auteurs au droit de rétention en général; ils le placent sur le même pied que le droit de revendiquer la chose en cas de perte ou de vol, conséquence du droit réel, que le droit de vendre qui est reconnu à tout créancier, et que le droit de préférence sur le prix, conséquence du privilège. Pour eux le droit de rétention du gagiste, comme d'ailleurs celui du rétenteur ordinaire est opposable aux tiers et notamment aux créanciers privilégiés « en vertu de la possession et de l'article 2279 » pourvu que le créancier soit de bonne foi.

V. - Pour Josserand (*Cours de droit civil positif français*, II, p. 835, n° 1539) le droit de rétention du gagiste n'est « ni un droit réel indépendant, ni un attribut du droit réel de gage ». Mais en dehors de cette affirmation purement négative, cet auteur ne semble pas préciser exactement la nature de ce droit ni le distinguer du droit de rétention en général.

VI. - D'après Becqué (Planiol, Ripert et Becqué, XII, *Sûretés réelles*, p. 109, n° 109) le droit de rétention du gagiste serait opposable aux tiers . « Les autres créanciers ont le droit de saisir et de faire vendre le gage, mais le créancier gagiste peut exiger son payement *préalablement à tout dessaisissement* ».

En résumé, les auteurs récents, à l'encontre de ceux qui les ont précédé, tendent à admettre que le créancier gagiste peut opposer son droit de rétention aux tiers; mais il n'apparaît pas clairement aux travers de leurs développements s'ils voient là une simple application des principes admis au sujet du droit de rétention en général ou si au contraire c'est pour eux une conséquence de la relation existant en l'espèce entre ce droit et le droit réel du gagiste.

§ 2. *Les solutions jurisprudentielles.* — Nous avons indiqué dans notre première partie la position prise par la Jurisprudence au sujet de l'opposabilité aux tiers par le gagiste de son droit de rétention, dans l'arrêt Cabrol (V. plus haut, 1re partie, p. 49).

On sait que d'après elle « le droit de rétention concerne uniquement les rapports du créancier et du débiteur » et qu'il est « étranger aux tiers ».

On peut encore citer à ce sujet comme consacrant la non-opposabilité aux tiers du droit de rétention du gagiste, à propos il est vrai de la matière spéciale du nantissement des fonds de commerce, une décision du Tribunal civil de la Seine (référés) 19 décembre 1900, (D, 01, 2, 110, note Robert)

D'après ces décisions, le seul droit que le créancier gagiste puisse opposer aux tiers est son droit de préférence sur le prix, conséquence de son droit réel et de son privilège; non seulement les autres créanciers du débiteur peuvent faire saisir et vendre le bien donné en gage, ce qui est à peu près unanimement admis, mais encore le gagiste ne pourra pas en cas de vente, refuser de se dessaisir du gage avant d'être payé; son seul droit est alors de faire valoir son privilège sur le prix.

La position prise à cet égard par la Jurisprudence est d'autant plus remarquable qu'ainsi que nous l'avons déjà

noté (V. 1re partie, p. 50) elle admet en principe que le droit de rétention lorsqu'il se rencontre seul est opposable aux tiers.

§ 3. *Examen critique des conceptions doctrinales et jurisprudentielles. - Solution proposée : Ce qu'on appelle le droit de rétention du gagiste n'est qu'un effet tant de son droit de gage que de sa détention et de sa possession partielles du bien donné en gage; il est entièrement distinct du droit de rétention proprement dit. - Conséquences et justification de cette solution.*

I. - Il paraît extrêmement difficile de ramener le droit reconnu au créancier gagiste de conserver la chose jusqu'au payement de sa créance à l'application pure et simple du droit de rétention. En effet si l'on se réfère pour l'admission de celui-ci au *debitum cum re junctum*, on ne voit pas la connexité qui existe entre la chose et la créance garantie par la constitution de gage; le lien qui existe entre elles est uniquement créé soit par le contrat de gage soit par la loi dans le cas de gage tacite. D'autre part si avec nous, en voit dans le droit de rétention une application de la notion de créance chirographaire à gage individualisé, la difficulté est aussi grande, car en ce qui concerne du moins la créance garantie, le gagiste n'est en rien un créancier chirographaire puisqu'il est muni d'un droit réel du second degré sur la valeur de la chose donnée en gage.

Aussi est-on amené à dire, comme le fait Planiol, que le droit de rétention est ici « conventionnel » ou avec Baudry-Lacantinerie et Laurent qu'il dérive « de la loi du contrat ». Mais toutes les difficultés ne sont pas résolues par cela même; il faudrait alors le refuser au gagiste muni d'un gage tacite, si comme nous l'avons démontré celui-ci s'explique sans qu'il soit besoin de recourir à une intention présumée ou supposée des parties. Or tout le monde admet que l'aubergiste, le voiturier etc... ont le même droit de rétention que le gagiste.

Enfin il est impossible avec cette conception d'expliquer la différence établie par la jurisprudence en ce qui concerne les effets du droit de rétention entre le gagiste et les autres créanciers munis de ce droit, ceux-ci pouvant l'opposer aux tiers alors qu'il n'en est pas de même du créancier gagiste.

II. - En réalité, le droit pour le gagiste de repousser l'action en restitution du débiteur tant qu'il n'est pas entièrement payé de la créance garantie par son droit de gage, droit consacré par l'article 2082, alinéa 1 s'explique tout naturellement sans que l'on ait besoin de faire intervenir la notion de droit de rétention.

Le créancier gagiste prétend s'approprier en vertu de son droit de gage, la valeur pécuniaire de la chose ou du bien donné en gage; à raison du lien établi par la loi pour les raisons que nous avons indiquées ci-dessus (V. plus haut, p. 319) entre l'appropriation de cette valeur et la chose ou le bien envisagés dans leur individualité organique, il exerce sur celle-ci une main-mise de fait qui s'analyse juridiquement en une possession partielle ayant pour objet la valeur de la chose et cette chose même en tant qu'enfermant en elle cette valeur, complétée par une détention partielle de la chose prise en elle-même et indépendamment de sa valeur économique. Cette détention partielle est sauf dans les cas de gage sans détention, liée par un lien nécessaire à la possession partielle du gagiste; or elle lui est conférée en vue de lui permettre d'obtenir le payement de sa créance; elle subsiste donc tant que cette créance n'est pas payée ou tant que le gagiste n'a pas la possibilité de se payer sur le prix.

Son droit de garder la chose jusque là n'est pas un véritable droit de rétention mais l'exercice de son droit réel comportant à la fois le droit de garder une main-mise sur la chose jusqu'au payement ou à la vente et d'en réaliser la valeur à l'échéance. Ce n'est pas plus un droit de rétention que le droit de l'usufruitier de conserver la chose jusqu'à l'expiration de son usufruit. Tant que celui-ci dure, le nu propriétaire ne peut réclamer la restitution de la chose à l'usufruitier ni par une action personnelle ni par une action réelle telle que la revendication; il est obligé comme les tiers eux-mêmes de respecter le droit de l'usufruitier de conserver la chose et d'en jouir.

La situation est en réalité la même en ce qui concerne le gagiste avec la seule différence que nous nous trouvons ici en présence d'un droit réel du second degré ayant pour objet la valeur économique de la chose et non son individualité organique. La conséquence de cette différence sera que la

possession partielle du gagiste sera éteinte dès que le créancier aura été désintéressé parce qu'elle n'aura plus aucune raison de s'exercer, ou dès qu'elle pourra s'exercer directement sur son objet propre qui est la valeur de la chose.

Ainsi s'explique que le gagiste ne puisse conserver la détention de la chose en cas de vente forcée de celle-ci à la suite d'une saisie pratiquée par les autres créanciers du débiteur; en ce cas l'objet propre de son droit et de sa possession, la valeur de la chose va se trouver libérée, extraite en quelle sorte de la chose dans laquelle elle était incluse; il pourra donc exercer son droit sur elle; dès lors il n'a plus sur cette chose qu'une simple détention et est tenu de la remettre à l'acheteur devenu propriétaire. Ainsi s'explique la solution consacrée par l'arrêt Cabrol.

De même le débiteur pourra toujours, sauf avant l'échéance quand le terme est stipulé dans l'intérêt du créancier, mettre fin au droit et à la possession du gagiste en payant la créance garantie puisque c'est pour assurer ce résultat que ce droit et cette possession ont été conférés au gagiste.

Mais il faut remarquer que le gagiste pourrait se refuser à livrer la chose à l'acquéreur en cas de vente amiable opérée par le débiteur; sans doute comme nous le verrons, le débiteur resté propriétaire conserve malgré le gage le droit d'aliéner cette propriété; d'autre part cette vente fait bien apparaître un prix, une valeur pécuniaire; mais rien ne garantit en ce cas que ce prix représente réellement la valeur de la chose, qu'il donne au gagiste l'équivalent de ce qu'il aurait pu obtenir en poursuivant lui-même la réalisation du gage dans les formes légales. Au contraire cette équivalence est obtenue en cas de vente opérée à la requête des autres créanciers du débiteur puisque ceux-ci comme le gagiste lui-même doivent nécessairement recourir à la vente publique.

III. Le droit pour le gagiste de conserver à la fois la possession et la détention de l'objet donné en gage jusqu'au payement de la créance ou jusqu'à la vente forcée, existe en matière de gage de biens incorporels comme en matière de meubles corporels. Nous avons dit ci-dessus que les biens incorporels c'est-à-dire les prestations objet des droits de créance et les produits de l'intelligence objet des droits intellectuels

pouvaient donner lieu à une maîtrise de fait différente de celle exercée sur les choses ou richesses, mais pouvant comme celle-ci s'analyser en possession et en détention suivant qu'elle était exercée par son titulaire pour son propre compte ou pour celui d'autrui. La situation sera donc identique. Le gagiste pourra conserver les moyens matériels d'utilisation du droit de créance ou du droit intellectuel qui auront été démembrés par la constitution du gage (comme l'aurait été le droit de propriété, s'il s'était agi de choses corporelles) tant que durera le démembrement c'est-à-dire tant qu'il n'aura pas été payé ou qu'il n'aura pas été procédé à la vente publique de la créance, du brevet d'invention, etc...

IV. Il nous reste à examiner comment se présente la situation à ce point de vue dans les cas de gage sans détention (warrants agricoles, etc...). Au premier abord, il ne semble pas que ce qu'on appelle le droit de rétention ait à s'y exercer puisque le gagiste n'a pas la détention de la chose qui est laissée au débiteur; en réalité il y a place ici aussi pour une rétention fondée sur le droit de gage et sur les caractères de la possession du créancier ; seulement il ne saurait être question pour celui-ci de conserver la détention qu'il n'a pas, mais seulement sa possession partielle à titre de gagiste. Or cette possession se conserve à un double point de vue : d'une part par la détention par le créancier ou l'endossement à son profit d'un titre représentatif de la chose accompagnés dans la plupart des cas de certaines mesures de publicité; d'autre part par la détention partielle par le débiteur pour le compte du créancier de la chose en tant que celle-ci envisagée dans son individualité organique, dans sa matérialité, renferme en elle, à l'état potentiel si l'on peut dire, la valeur pécuniaire qu'elle représente et qui fait l'objet à la fois de la possession et du droit réel du gagiste. La rétention de cette possession peut donc être considérée à un double point de vue : Au point de vue du créancier elle s'exercera par la rétention du titre et par le maintien de la publicité légale; le débiteur ne pourra exiger la remise ou l'annulation du titre et la radiation des inscriptions révélatrices du droit du créancier, qu'une fois celui-ci désintéressé. Au point de vue du débiteur, en tant que celui-ci a la qualité de détenteur pour le compte du gagiste, la rétention s'exerce par le

maintien de cette qualité soit au débiteur soit à la personne à laquelle il transmet matériellement la chose; elle est susceptible de se traduire sous une double forme : 1° ou par l'interdiction faite par la loi au débiteur de livrer matériellement la chose à autrui tant que le créancier n'est pas désintéressé; c'est le cas pour les warrants agricoles, hôteliers et pétroliers; en ce cas c'est le débiteur qui exerce lui-même le droit de rétention au profit du créancier; c'est là en fait une base particulièrement fragile et qui ne peut trouver son appui que dans la responsabilité pénale dont est assortie l'interdiction; 2° ou par le fait que les personnes auxquelles la chose sera livrée seront dans tous les cas considérées comme des détenteurs pour le compte du gagiste au même titre que l'était le débiteur lui-même ou plus généralement le détenteur antérieur jusqu'au payement de la créance; cette conception, qui a été admise par la Jurisprudence dans le cas du crédit documentaire où le gage est possédé non par le débiteur mais par un tiers, est celle que nous avons indiquée comme possible à défaut de textes en matière de gage des voitures automobiles vendues à crédit; elle fournirait un appui plus solide à la possession du gagiste, la publicité légale devant corriger les inconvénients que cette solution présenterait pour les tiers.

Dans le premier cas, la rétention est encore liée à une main-mise matérielle, celle exercée par le débiteur sur la chose, et la remise de la chose aux mains d'un tiers de bonne foi fait disparaître la possession du gagiste; celui-ci ne peut compter pour conserver cette possession jusqu'au payement de sa créance que sur la bonne foi du débiteur et sur la crainte des sanctions pénales qui viennent renforcer sa responsabilité. Dans le second cas au contraire le maintien de cette possession c'est-à-dire l'exercice de ce qu'on appelle ordinairement le droit de rétention dépend uniquement du créancier puisqu'elle est liée uniquement à la détention du titre qui est entre ses mains et aux formalités de publicité qu'il lui appartient de surveiller et parfois d'opérer lui-même.

En définitive on voit que le prétendu droit de rétention du gagiste ne nous apparaît, que comme une manifestation tant du droit du gagiste sur la valeur du bien donné en gage que de sa possession partielle de ce bien, et nullement comme

un droit distinct. Il existe cependant des cas où le gagiste a, pour sûreté d'autres créances que celle garantie d'une façon directe et principale par son droit de gage, un droit de rétention proprement dit. Ce sont ces hypothèses que nous allons examiner dans notre dernière section.

Section III.

Applications du droit de rétention proprement dit à l'occasion de l'institution du gage.

§ 1. *Observations générales.* — Si le droit de gage nous apparaît comme essentiellement distinct du droit de rétention proprement dit, cela ne veut pas dire que celui-ci ne puisse venir jouer à l'occasion du fonctionnement de l'institution du gage; mais il faut pour cela supposer que le créancier gagiste a contre le débiteur constituant, des créances non garanties par son droit de gage, des créances chirographaires, pour la sûreté desquelles il pourra dans une certaine mesure invoquer la main-mise matérielle qu'il exerce sur la chose donnée en gage, en se refusant à se dessaisir de cette main-mise tant que ces créances ne seront pas payées. Cette possibilité se conçoit tout naturellement avec la conception que nous avons adoptée au sujet du droit de rétention proprement dit, puisque nous avons admis qu'il existe toutes les fois qu'un créancier a la maîtrise matérielle d'une chose appartenant à son débiteur sous réserve d'un texte contraire ou de l'hypothèse où cette maîtrise aurait été acquise par le créancier d'une façon illicite, notamment par vol ou violence. La constitution de gage ayant permis au créancier d'acquérir cette maîtrise d'une manière licite, il s'en suit qu'il pourra invoquer en principe le droit de rétention pour toutes les créances qu'il peut avoir contre le débiteur sous réserve de textes contraires le privant de ce droit ou en restreignant l'exercice. De même en cas de nullité du contrat de gage, le créancier s'il n'a plus le droit de gage proprement dit, pourra invoquer le droit de rétention, à moins que cette nullité n'ait sa source dans un dol de sa part.

Cette possibilité pourrait encore se concevoir avec la thèse qui fait dépendre le droit de rétention du *debitum cum re junctum*, mais son champ d'application serait sensiblement moins étendu puisqu'alors le créancier ne pourrait plus invoquer le droit de rétention que pour les créances ayant avec la chose un lien de connexité matérielle ou objective. Nous allons d'ailleurs voir en examinant les cas concrets d'application du droit de rétention à l'ocasion du gage, que cette limitation n'a été admise ni par la loi ni par la Jurisprudence.

La possibilité d'application de la théorie générale du droit de rétention à l'ooccasion du gage est donc selon nous tout à fait générale et les cas que nous examinerons ci-dessous ne sont ici donnés qu'à titre d'exemples.

Dans tous les cas, puisqu'il s'agit d'après nous d'une application pure et simple de la notion de droit de rétention en général, le droit de rétention produit ici ses effets normaux et a la nature juridique que nous lui avons reconnue ci-dessus (V. p. 340) d'être un droit personnel tout en étant cependant opposable aux tiers; ici comme partout, le droit de rétention sera une application de la notion de créancier chirographaire à gage individualisé.

§ 2. *Cas concrets d'application.* — L'article 2082 alinéa 2 du Code civil permet au gagiste, ainsi que nous l'avons vu plus haut (1re partie, pp. 49 et 50), d'exercer le droit de rétention pour garantir une dette autre que celle prévue par le contrat de gage. D'autre part, il peut également, bien que la question ait été autrefois controversée, l'invoquer pour le remboursement des dépenses qu'il a faites pour assurer la conservation de la chose donnée en gage. Enfin, il peut y avoir lieu également à rétention en cas de gage nul ou irrégulier. Examinons brièvement chacun de ces cas.

A. - *Dette née postérieurement à la mise en gage et devenue exigible avant le payement de la dette garantie* (art. 2082, al. 2). — Cette disposition permet au créancier de « ne pas se dessaisir du gage » bien que la dette pour laquelle il lui a été remis ait été entièrement payée, si une seconde créance née postérieurement à la naissance du droit de gage mais devenue exigible avant que la dette garantie n'ait été payée, n'a pas été elle-même payée. Elle est empruntée au droit

romain (Const. de Gordien, *Etiam ob chirographiam pecuniam pignus retineri posse*, Code, VII, 27).

Cette solution a été vivement critiquée comme manquant de base rationnelle et comme contraire à l'équité (V. sur ce point Planiol, *Traité élémentaire*, II, n° 2442, p. 803). On la fonde généralement sur l'intention présumée des parties et on parle assez souvent à ce sujet de constitution tacite de gage (V. notamment, Baudry-Lacantinerie, *Précis*, II, n° 1626, p. 756) : au moment de la naissance de la seconde dette, les parties se seraient référées à la constitution de gage intervenue antérieurement et auraient implicitement considéré cette seconde créance comme garantie par la sûreté déjà conférée au créancier. Remarquons que comme dans la plupart des cas où l'on fait intervenir l'idée d'une volonté tacite, il est difficile de voir dans ce système autre chose qu'une fiction, qui sera le plus souvent étrangère à l'intention réelle des parties et notamment du débiteur; d'autre part logiquement ce système conduirait à une solution contraire au texte même de la loi; en effet cette intention ne peut vraiment être présumée que lorsque les parties stipulent pour l'échéance de la seconde dette un terme antérieur à celui où la première dette devient exigible; or il suffit d'après la loi, que la seconde dette soit échue avant le payement de la première, même si celle-ci est à ce moment exigible depuis longtemps et n'a pas été payée à son échéance normale; cette solution est d'ailleurs ordinairement acceptée par les auteurs qui expliquent cette disposition par l'idée d'une volonté présumée ou tacite, bien qu'elle soit alors complètement inexplicable.

En réalité, cette disposition s'explique tout naturellement par une application pure et simple de la notion générale du droit de rétention telle que nous l'avons exposée, à raison de la coexistence sur la tête du créancier d'une créance chirographaire et d'une maîtrise matérielle acquise par des voies licites. Remarquons encore que cette disposition consacre l'indépendance dans notre droit de la notion de droit de rétention vis-à-vis du *debitum cum re junctum*, puisqu'il n'existe pas de connexité matérielle entre la seconde dette pour laquelle le texte permet au créancier d'invoquer le droit de rétention et la chose détenue.

Ainsi que nous l'avons indiqué dans notre première partie, certains auteurs ont autrefois considéré que l'article 2082, alinéa 2 conférait au créancier un véritable droit de gage comportant un droit de préférence et un privilège (Pont, nº 1198 et 1199; Mourlon, *Examen critique*, nº 227). Cette opinion est aujourd'hui abandonnée à juste titre selon nous; le texte ne parle visiblement que du droit de rétention et n'attribue en rien au créancier un droit réel ou un privilège; l'origine hstorique de cette disposition est également contraire à cette conception puisque le texte qui consacrait cette solution en droit romain parlait d'une « chirographam pecuniam », d'une créance chirographaire. Nous estimons donc avec la majorité des auteurs (Aubry et Rau, 5e éd., I, § 134, note 4; Baudry-Lacantinerie et De Loynes, I, nº 110; Planiol, *Traité élém.*, II, nº 2442) que le créancier n'a pour le payement de la dette dont s'agit qu'un droit de rétention. Mais il faut bien comprendre les conséquences de cette solution; le créancier n'aura pas pour la dette dont s'agit, de droit de préférence sur le prix et s'il fait vendre sur la chose, il devra en ce qui concerne cette dette subir le concours des autres créanciers. Mais étant donné que nous avons admis que le droit de rétention en général est opposable aux tiers, nous dirons qu'il peut s'exercer non seulement à l'égard du débiteur mais encore à l'égard des autres créanciers, et que à l'égard de toute personne, le créancier pourra se refuser à se dessaisir de la chose tant qu'il n'aura pas été désintéressé. Cependant, cela ne veut pas dire qu'au cas où le constituant n'aurait pas été véritablement propriétaire du gage, le créancier pourra opposer son droit de rétention à la revendication intentée par le véritable propriétaire; il lui faudrait pour cela pouvoir invoquer l'article 2279 du Code civil qui suppose chez celui qui l'invo que la qualité de possesseur; or le créancier n'a cette qualité qu'en tant que gagiste; en tant qu'exercant un droit de rétention, il n'est simplement qu'un détenteur intéressé, et cette qualité si elle lui permet d'opposer son droit aux tiers qui sont des ayants droits même à titre particulier du débiteur ne lui permet pas d'invoquer le bénéfice attaché par l'article 2279 à la possession des meubles.

B. - *Impenses de conservation.* — Nous savons que le débiteur est tenu de rembourser au créancier les dépenses utiles et nécessaires pour la conservation de la chose. Le créancier pourra invoquer pour le remboursement de ces dépenses le droit de rétention qui est d'ailleurs reconnu d'une façon générale par la doctrine et la jurisprudence à tout possesseur ou détenteur, créancier d'impenses faites sur la chose (V. Planiol, *Traité élémentaire*, II, n° 2522, p. 827) Remarquons d'ailleurs que l'article 1948 du Code civil donne ce droit au dépositaire auquel l'article 2079 du Code civil assimile le gagiste quant à la détention de la chose.

C. - *Gage nul ou irrégulier.* — Le droit de rétention peut encore être invoqué par le gagiste dans le cas où il ne peut opposer aux tiers son droit réel et son privilège faute de remplir les conditions exigées par la loi pour cette opposabilité, par exemple à raison de défaut de rédaction du contrat par écrit dans les cas où cette condition est nécessaire. Il peut également l'être au cas où le gage est nul pour défaut de capacité de l'une des parties si malgré cette nullité, il reste créancier du constituant.

A vrai dire selon Guillouard (*Du nantissement*, n° 139, p. 146) le créancier n'aurait au cas de gage irrégulièrement constitué ni privilège ni droit de rétention; Baudry-Lacantinerie et De Loynes (I, n° 100 et s.) lui reconnaissent au contraire en ce cas un droit de rétention mais opposable au débiteur seul conformément à la conception générale admise par ces auteurs.

Nous estimons au contraire que le gagiste s'il n'a pas dans ce cas de droit direct et immédiat sur la valeur de la chose, s'il n'a ni droit réel, ni privilège, conserve un droit de rétention opposable aux tiers; celui-ci ne se confond nullement avec le droit sur la valeur de la chose et consiste uniquement dans le droit pour le créanier de conserver la maîtrise matérielle de celle-ci. Il n'y a pas à objecter que les tiers se trouveraient aussi bien lésés par le droit de rétention que par le privilège; en effet d'une part, l'atteinte à leurs droits est évidemment moins grave puisque le créancier ne peut faire vendre la chose qu'en consentant à concourir avec les autres créanciers sans avoir de droit de préférence sur le

prix; d'autre part, nous avons vu que la principale mesure de protection à l'égard des tiers, celle qui est considérée comme réalisant la seule forme de publicité possible du droit du créancier en matière mobilière est la nécessité de la dépossession du débiteur; or cette dépossession se rencontre aussi bien dans l'hypothèse d'un droit de rétention que dans celle d'un droit de gage parfait.

Nous ajouterons qu'ainsi que nous l'avons indiqué plus haut il faut distinguer le droit pour le créancier d'opposer son droit de rétention aux tiers de la possibilité pour lui d'opposer à la revendication du propriétaire l'article 2279; cette possibilité n'appartiendra pas dans le cas visé au créancier qui n'aura pas la possession partielle de la chose, mais seulement la détention intéressée de celle-ci; c'est d'ailleurs ce qui a été décidé par un arrêt de la Cour d'Orléans du 3 juin 1896 (*Gaz. Pal.*, 96, 2, 111) qui a autorisé à bon droit la revendication du véritable propriétaire, en cas de nantissement irrégulièrement constitué, mais qui a eu le tort de ne pas faire cette distinction en déclarant pour justifier sa solution qu'en ce cas le droit de rétention du créancier ne pouvait être invoqué qu'à l'égard du débiteur et n'était pas opposable aux tiers.

La possibilité pour le créancier d'invoquer le droit de rétention en cas de nullité du contrat de gage a été sanctionné par la Cour de cassation dans l'arrêt Girard du 26 avril 1900 (S, 01, 1, 193, note Ferron). En l'espèce une femme mariée, la dame Girard dont le divorce était prononcé mais non encore transcrit, avait contracté sans autorisation maritale un emprunt en garantie duquel elle avait donné en gage des obligations d'une Compagnie de chemins de fer. Elle demandait la nullité tant de son engagement que de la constitution de gage à raison de l'incapacité résultant pour elle de son état de femme mariée. Cette nullité fut prononcée, mais comme il était prouvé que les deniers prêtés avaient en totalité tourné au profit de la dame Girard, celle-ci fut en vertu de l'article 1312 du Code civil condamnée à rembourser aux prêteurs les dites sommes; et la Cour de Nancy par arrêt du 26 mars 1898 reconnut aux prêteurs le droit de retenir les valeurs par eux détenues jusqu'à parfait payement de leur créance. Le pourvoi intenté par la dame Girard contre cet arrêt fut rejeté par

la Cour de cassation : « Attendu, dit celle-ci que, pour que le droit de rétention existe en faveur du créancier qui détient la chose appartenant à son débiteur, il suffit que la détention se rattache à une convention ou à un quasi-contrat qui ait donné naissance à la créance; que cette condition se rencontre dans l'espèce; que la détention par les défendeurs éventuels des valeurs à eux remises se rattache sinon à la convention annulée, du moins au quasi-contrat résultant du profit tiré par la dame Girard des deniers qui lui avaient été versés par les prêteurs et à raison duquel était née leur créance ». En réalité cet arrêt allait en fait beaucoup plus loin que pouvaient le laisser croire les formules employées; il consacrait l'existence du droit de rétention « chaque fois que le rétenteur est créancier du propriétaire en vertu d'une cause quelconque et pourvu que la chose soit détenue de façon licite » (V. J. Bonnecase, *Précis de Droit civil*, II, n° 80, p. 106)

Ainsi le gage nul ou irrégulier laisse subsister la possibilité pour le créancier, de faire appel à la notion générale de droit de rétention ce qui est la meilleure preuve de l'indépendance des deux notions; leur seul lien est la détention de la chose par le créancier mais cette détention a un caractère différent suivant qu'on l'envisage au point de vue du droit de gage ou du droit de rétention proprement dit; dans le premier cas nous avons affaire à une détention partielle de la chose accompagnée d'une possession partielle de celle-ci qui consacre l'appropriation par le créancier sinon de la chose tout au moins de sa valeur économique; dans le second cas nous nous trouvons simplement en présence d'une détention intéressée liée à une créance chirographaire à gage spécialisé.

On ne doit pas plus confondre le droit du gagiste de conserver la chose en vertu de son droit réel portant sur la valeur de celle-ci avec les cas où il invoque simplement un droit de rétention proprement dit, que l'on ne confond le droit de l'usufruitier de conserver la chose jusqu'à l'expiration de l'usufruit en vertu de son droit réel avec le droit de rétention qui lui est reconnu pour obtenir le remboursement de certaines impenses de conservation faites par lui dans l'intérêt du nu-propriétaire.

CHAPITRE IV

Du droit réel et du privilège du créancier gagiste. I. - Le droit réel de gage. Le droit de gage est-il un droit réel?

Nous avons vu plus haut (*Introduction*, p. 15 et 1re partie, p. 51) que tous les auteurs voient dans le droit reconnu au gagiste sur la chose donnée en gage et qui se traduit principalement pour lui par un droit de préférence sur le prix de cette chose, un droit réel de garantie de nature identique à celui du créancier hypothécaire. Nous avons cependant noté qu'à la différence de l'hypothèque, le droit de gage n'était nulle part qualifié de droit réel par le Code alors que celui-ci désignait très souvent ce droit par le terme de privilège (V. p. 51). Bien que la plupart des auteurs semblent voir dans le droit réel de gage et dans le privilège du gagiste une seule et même chose à moins qu'ils ne nient purement et simplement le caractère de privilège reconnu à ce droit par les textes, on peut se demander s'il n'y a pas là deux choses à distinguer et si le gagiste n'a pas à la fois un droit réel et un privilège dont les effets s'ajoutent sans se confondre. Aussi consacrerons nous ce chapitre exclusivement aux rapports du droit de gage avec la notion de droit réel de garantie, réservant pour le chapitre suivant la question de savoir si ce droit constitue un privilège ou s'il est accompagné d'un privilège envisagé comme notion distincte.

La classification du droit de gage parmi les droits réels de garantie, pour unanimement acquise qu'elle paraisse n'est cependant pas sans soulever des difficultés; tant en ce qui concerne la question de savoir si le droit de gage pré-

sente bien tous les caractères et tous les attributs du droit réel, notamment le droit de suite, qu'en ce qui touche la nature du gage des biens incorporels et notamment des créances.

Ces difficultés eussent été aisément résolues si nous nous trouvions en présence d'une notion de droit réel unanimement admise, aux traits bien définis, et si l'on pouvait en donner une définition absolument précise dont tous les éléments soient incontestés. Or il n'en est rien; les plus graves controverses existent sur la notion même de droit réel ainsi que sur la nature particulière des droits réels de garantie ou du second degré parmi lesquels on range le droit de gage.

Ce n'est qu'après avoir pris parti dans ces controverses que nous pourrons ensuite poser et résoudre le problème de la nature du droit de gage.

Nous devrons donc d'abord dans les deux premières sections de ce chapitre examiner la conception classique du droit réel et les critiques qui lui ont été adressées pour nous prononcer ensuite sur le bien fondé de ces critiques et sur la véritable définition du droit réel. Nous pourrons alors envisager dans nos deux dernières sections les effets de ces controverses en ce qui concerne le droit de gage et la véritable nature juridique de celui-ci.

Section I.

La notion de droit réel dans la doctrine classique.

§ 1. *Définition du droit réel d'après la théorie classique.* — La conception que nous qualifions de classique et qui a été celle de toute la doctrine française du XIXe siècle est elle-même le produit d'une longue tradition historique dont il nous est impossible de retracer ici l'évolution et dont les germes se trouvaient déjà dans le Droit romain tout au moins à sa dernière époque (V. sur les origines historiques de la distinction des droits réels et des droits personnels ou de créance : Rigaud, *Le droit réel, histoire et théorie; son origine institutionnelle*, Thèse, Toulouse, 1912, pp. 15 et s.).

On peut dire que pour elle le droit réel est celui qui porte directement et immédiatement sur une chose individuellement déterminée dont il permet de retirer sans emprunter l'intermédiaire d'une personne obligée, l'utilité légale, totale ou partielle et exigeant de tous un respect égal mais purement passif; il s'oppose au droit de créance conçu comme le droit d'exiger d'une personne déterminée une prestation consistant à « donner », à faire ou à ne pas faire et que dans l'ordre ordinaire des choses, personne ne doit à personne (Rigaud, thèse citée, p. 117-118).

Plus brièvement on peut définir le droit réel, « celui que nous avons directement et immédiatement sur une chose » (Baudry-Lacantinerie, *Précis*, I, n° 1264, p. 619) ou encore celui par lequel « une chose se trouve soumise complètement ou partiellement, au pouvoir d'une personne, en vertu d'un rapport immédiat opposable à toute autre personne (Aubry et Rau, II, § 172).

§ 2. *Opposition entre le droit réel et le droit de créance ou droit personnel dans la théorie classique.* — La conception classique du droit réel a conduit les auteurs à opposer celui-ci d'une façon intégrale et irréductible au droit de créance. Cette opposition peut être ainsi présentée d'après l'exposé de Baudry-Lacantinerie (*Précis*, I, nos 1264 et s., p. 619 à 623) qui a développé et systématisé en l'exagérant même sur certains points la conception de l'Ecole de l'Exégèse en la matière (V. aussi sur cette opposition, Rigaud, thèse citée, p. 119 et s.; J. Bonnecase, *Précis de droit civil*, II, n° 24) :

I. - La différence essentielle existant entre le droit réel et le droit de créance, celle d'où l'on peut faire dériver presque toutes les autres porte sur les éléments constitutifs du droit :

« On ne trouve dans le *droit réel* que *deux éléments* : 1° *une personne, sujet actif* du droit, par exemple le propriétaire dans le droit de propriété. Il peut retirer de la chose sur laquelle porte son droit directement sans avoir besoin de l'intermédiaire de personne, tout ou partie des avantages que cette chose est susceptible de lui procurer suivant sa nature; 2° *une chose* déterminée qui est l'*objet* du droit.

Pas d'intermédiaire entre le titulaire du droit et la chose qui en est l'objet. C'est à cause de l'intimité qui existe entre le sujet actif du droit et son objet que le droit lui-même est appelé réel » (Baudry-Lacantinerie, *Précis*, I, n° 1264).

Au contraire « *Le droit personnel ou droit de créance* a une nature plus compliquée... L'analyse fait découvrir dans le droit personnel, *trois éléments* : 1° *une personne, sujet actif* du droit, que l'on appelle le créancier (créditor) parce qu'il a eu confiance dans le débiteur (*credit*) d'où le nom de droits de créance donné souvent aux droits personnels, 2° *une autre personne, sujet passif* du droit, le débiteur (*débitor*), celui qui doit; il est tenu de procurer au créancier le bénéfice du droit. La même valeur figure en même temps dans deux patrimoines. Le droit de créance fait partie de l'actif du patrimoine du créancier avec une valeur positive; à ce droit actif correspond une dette comprise avec une valeur négative dans le passif du patrimoine du débiteur, 3° enfin l'*objet* du droit qui consiste dans un *fait positif* comme la prestation d'une chose ou dans une *abstention*. Il existe donc dans le droit personnel entre le titulaire du droit et l'objet du droit, *un intermédiaire* qui ne se rencontre pas dans le droit réel; cet intermédiaire, c'est *le débiteur* » (Baudry-Lacantinerie, loc. cit., n°° 1265 et 1266).

II. - Presque toutes les autres différences relevées par la doctrine classique entre les droits réels et les droits de créance peuvent être rattachées à celle qui vient d'être exposée. Elles sont ainsi signalées par Baudry-Lacantinerie (loc. cit., n° 1267) :

« 1° Le droit réel a nécessairement pour objet une chose; le droit personnel peut avoir pour objet soit la prestation d'une chose soit un autre fait, soit une abstention .

2° Le droit réel suppose nécessairement une chose déterminée. Au contraire le droit personnel peut s'appliquer à une chose indéterminée...

3° Le droit réel est *absolu*, il existe *erga omnes*. La loi en impose le respect à tous, et tous indistinctement sont tenus envers le titulaire du droit de ne rien faire qui puisse le gêner dans l'exercice de son pouvoir sur la chose. Au contraire le droit personnel est *relatif*; il implique une obligation à la charge d'une personne déterminée, tenue envers

le créancier à lui rendre un certain service; pour obtenir ce service, le créancier doit s'adresser à son débiteur et ne peut s'adresser qu'à lui. Les autres personnes ne sont pas tenues de se mettre à sa disposition car elles ne lui doivent rien...» (De cette différence, Baudry-Lacantinerie fait dériver la distinction, sur le terrain de la procédure, des actions réelles sanctionnant les droits réels et qui sont intentées contre quiconque porte en fait atteinte au droit, et des actions personnelles qui sanctionnent les droits de créance et ne peuvent être intentées que contre une personne déterminée, le débiteur).

« 4° Enfin de ce que le droit réel est un droit absolu portant sur une chose individuellement déterminée, il résulte qu'il confère à son titulaire la double prérogative du *droit de suite* et du *droit de préférence*...»

III. - Ce dernier trait (attribution au droit réel du droit de suite et du droit de préférence qui seraient refusés au droit de créance) a dans la doctrine classique une importance considérable; on peut dire que c'est lui qui sur le terrain de la technique juridique, établit entre les deux catégories de droits une séparation très nettement tranchée et donne à chacune d'elles sa physionomie particulière. Baudry-Lacantinerie (loc. cit., p. 622 et 623) présente ainsi cette opposition : « *Le droit réel devant être respecté par tous, celui auquel il appartient peut poursuivre entre les mains du détenteur, quel qu'il soit, la chose objet de son droit, en vue de parvenir à exercer ce droit.* Peu importe qu'il s'agisse d'un détenteur sans titre ou d'un détenteur qui a acquis la chose en vertu d'un titre régulier. *Le droit réel est en effet opposable à tous ceux qui ont acquis ultérieurement sur la chose des droits réels de même nature ou de nature différente.* Ils sont obligés de respecter le droit réel qui existait déjà sur la chose à l'époque de leur acquisition, car la chose n'a pu s'offrir à eux que sous la réserve des droits dont elle était grevée...

Le *droit de créance*, ou droit personnel, au contraire, n'entraîne *ni le droit de préférence ni le droit de suite.* Si le débiteur n'exécute pas l'engagement dont il est tenu, le créancier a le droit de saisir et faire vendre les biens qui lui appartiennent pour se payer sur le prix, ce qu'on exprime en disant que le créancier a un droit de gage général sur le patrimoine de son

débiteur (art. 2092). Son droit de gage porte non pas sur tel ou tel élément déterminé du patrimoine du débiteur mais *sur le patrimoine lui-même*, c'est-à-dire sur la masse des biens quelconques qui y sont compris au moment où le créancier recourt aux voies d'exécution forcée. *Le créancier doit* par suite *subir les conséquences de tous les actes par lesquels le débiteur diminue la valeur totale de son patrimoine. Si celui-ci aliène un de ses biens, cette aliénation est opposable à ses créanciers qui ne peuvent inquiéter le tiers acquéreur et saisir entre ses mains le bien qui par l'effet de cette aliénation est sorti du patrimoine de leur débiteur.* Les créanciers n'ont donc pas le droit de suite, en cette qualité du moins.

De même le créancier voit diminuer la valeur de son propre gage lorsque le passif du débiteur augmente par l'effet des dettes nouvelles dont celui-ci vient se charger vis-à-vis d'autres personnes. Si le passif du débiteur arrive ainsi à excéder son actif, *les créanciers dont les droits sont les plus anciens n'ont pas en principe de préférence sur ceux dont les droits sont plus récents* (art. 2093). Tous les créanciers ont le même sort : le prix des biens du débiteur est réparti entre eux « au marc le franc » de leurs créances respectives, c'est-à-dire proportionnellement au montant des créances. Sans doute, un créancier peut avoir une cause légitime de préférence résultant d'un privilège ou d'une hypothèque; mais il faut pour cela une décision spéciale de la loi favorisant certaines créances (privilèges) ou la concession d'un droit réel (hypothèque) venant se juxtaposer au droit personnel ».

IV. - Ainsi la doctrine classique aboutit à donner au droit réel conçu comme un rapport entre une personne et une chose une physionomie très accusée qui l'oppose radicalement au droit de créance conçu comme un rapport entre deux personnes. Comme on l'a très bien dit « on ne pouvait rêver pour le droit réel et le droit de créance d'une opposition plus intégrale et plus irréductible que celle dont nous sommes redevables à la doctrine classique pure » (J. Bonnecase, *Précis de Droit civil*, II, p. 36, n° 24).

Reste à savoir si dans leur effort de systématisation, les auteurs classiques n'ont pas quelque peu déformé la réalité et provoqué par l'exagération même de leurs développements

dans l'antithèse ainsi établie, la très vive réaction dont nous allons parler bientôt.

Quoi qu'il en soit, nous ne procéderons pas pour l'instant à l'examen critique de la théorie classique; celui-ci ne pourra être entrepris qu'après l'exposé des théories récentes qui, en en prenant de façon radicale le contre-pied, permettent à la fois de voir ce qu'elle renferme d'exact et ce qu'elle contient d'exagéré.

§ 3. *Les différents droits réels d'après la théorie classique.* — Nous avons déjà dans notre Introdction (p. 12 et 13) donné la nomenclature des divers droits réels et rappelé leur distinction en droits réels principaux et en droits réels accessoires ou de garantie. Il nous faut ici y revenir pour rappeler les rapports établis par la doctrine classique entre les différents droits réels en même temps que les incertitudes qu'elle avait laissé subsister sur la détermination des droits auxquels il convenait d'attribuer la qualité de droits réels.

I. - Les auteurs classiques, reprenant une conception de Pothier (*Traité du droit de domaine de propriété*, « Œuvres », Paris, 1847, IX, p. 101; *Introduction générale aux coutumes*, éd. Bugnet, I, p. 16) voient dans le droit de propriété le droit réel par excellence englobant la somme de toutes les utilités qu'on peut retirer des choses et concoivent en conséquence les autres droits réels comme des démembrements du droit de propriété.

Cette conception est ainsi exprimée par Baudry-Lacantinerie (*Précis*, I, n° 1330, p. 660) : « La propriété est le droit réel le plus complet que l'on puisse avoir sur une chose. Les autres droits réels n'en sont que les démembrements, des parties détachées au profit d'un autre que le propriétaire ».

Elle n'a cependant pas été admise sans hésitation par les premiers commentateurs du Code civil; c'est ainsi que Delvincourt dans son *Cours de Code civil* (I, p. 147 et page 150, note 4) fait une distinction entre les termes *jus in re* et démembrement de la propriété, la première expression serait d'après lui plus large que la seconde; en d'autre termes tout droit réel ne serait pas nécessairement un démembrement de la propriété; il en serait ainsi notamment de l'hypothèque.

Marcadé (II, p. 352, nº 357) tout en critiquant la conception de Delvincourt et en identifiant les droits réels autres que la propriété avec les démembrements de celle-ci, ne semble admettre cette asssimilation que pour les droits réels principaux qui seuls auraient droit à cette qualification, et va jusqu'à refuser à l'hypothèque la qualité de droit réel, malgré les termes de l'article 2114 du Code civil. «*Jus in re* et démembrement de la propriété, écrit-il, sont deux expressions synonymes... La propriété étant le droit le plus étendu qu'on puisse avoir dans une chose, en d'autres termes l'ensemble de tous les droits élémentaires qui sont possibles dans cette chose, il s'en suit forcément que quand un tiers a un droit quelconque dans ces choses, un *jus in re*, la propriété n'est plus entière, elle est démembrée. Cette erreur (celle de Delvincourt) vient de la confusion qu'on a faite entre le *jus in re* et le *jus* ou action *in rem*...

L'hypothèque n'est pas un démembrement de la propriété de l'immeuble, un vrai *jus in re* sur cet immeuble, mais un simple *jus ad rem mobilem, ad pecuniam* comme une créance contre la personne; ce n'est que cette créance elle-même en tant qu'elle s'exerce contre l'immeuble...»

Les auteurs postérieurs semblent avoir rejeté tant la conception de Delvincourt que celle de Marcadé, pour considérer tous les droits réels y compris l'hypothèque comme des démembrements de la proriété (V. en ce qui concerne notamment l'hypothèque, Baudry-Lacantinerie, *Précis*, II, nº 1810, p. 863).

II. - La théorie classique en rejetant les conceptions de Delvincourt et de Marcadé qui refusaient à l'hypothèque soit la qualification de démembrement de la propriété soit celle de droit réel, en arrive dans son dernier état à rapprocher beaucoup, au moins en apparence, les droits réels de garantie des droits réels ayant pour objet l'usage et la jouissance des choses envisagées dans leur matérialité, et à ne plus sembler distinguer ces deux catégories que par le caractère principal ou accessoire du droit. Baudry-Lacantinerie par exemple, présentent ainsi cette distinction (*Précis*, I, p. 620, nº 1264) : « Les droits réels peuvent être divisés en droits *principaux* tels que le droit de propriété, d'usufruit, et droits *accessoires* comme le gage et l'hypothèque. Les premiers ont une exis-

tence indépendante. Les seconds ne peuvent se concevoir que rattachés à un autre droit sans lequel ils ne sauraient subsister, à un droit de créance, dans le cas du gage et de l'hypohèque, par exemple ».

Il semblerait donc d'après ces auteurs que ce serait là la seule différence existant entre ces droits et qu'ils auraient par ailleurs une nature absolument identique.

III. - Il semblerait qu'étant donné les traits très nets qu'elle donne au droit réel, la doctrine classique n'ait dû éprouver aucune difficulté pour déterminer la nomenclature des droits réels, et que le caractère abstrait et systématique de ses définitions eut dû dissiper toutes les incertitudes pouvant s'élever sur la question de savoir si tel ou tel droit devait être classé parmi les droits réels. Or, il n'en est rien; il semble que malgré ces définitions dont l'essentiel était admis par tous, la liste des droits réels varie avec chaque auteur. Sans doute pour quelques uns (propriété, usufruit, servitude, hypothèque, etc...) tout le monde est d'accord pour les considérer comme réels; mais il en est d'autres particulièrement en ce qui concerne les droits réels de garantie qui sont considérés tantôt comme des droits réels, tantôt comme des droits personnels. C'est ainsi que d'après Aubry et Rau (II, § 172, p. 73) les seuls droits réels « complets » seraient la propriété, les servitudes réelles ou personnelles (Celles-ci comprenant l'usufruit, l'usage et l'habitation qu'on dénomme aujourd'hui plus souvent : droits réels de jouissance et d'usage) et l'hypothèque. Ils écartent le droit de superficie qui serait d'après eux un droit de propriété partiel ou restreint et l'emphytèose qui serait un droit personnel; le bail et l'antichrèse confèreraient d'après eux des droits de jouissance ayant le caractère de droits personnels tout en étant cependant opposables aux tiers.

D'après les mêmes auteurs, le droit de gage serait un « droit réel incomplet » par suite de l'absence de droit de suite; de même les privilèges mobiliers spéciaux se rattachant à un nantissement tacite auraient « un certain caractère de réalité ».

Baudry-Lacantinerie (*Précis*, I, nº 1324) ajoute aux droits réels principaux énumérés par Aubry et Rau les droits de superficie et d'emphytéose dont le caractère de réalité a été

consacré par les lois du 8 février 1897 et du 25 juin 1902. En ce qui concerne les droits réels de garantie, il assimile aux hypothèques les privilèges sur les immeubles qui ne sont que des hypothèques privilégiées (loc. cit., n° 1323). Les droits de gage et les privilèges sur les meubles ne sont pour cet auteur comme pour Aubry et Rau que « des droits réels imparfaits, à cause de la règle « Meubles n'ont pas de suite par hypothèque » (art., 2119 C. civ.) (loc. cit.; v. aussi Baudry-Lacantinerie et Chauveau, VI, nos 188 et s.).

De même Baudry-Lacantinerie (*Précis*, II, n° 1647) semble bien, en ce qui concerne le droit d'antichrèse, se rallier à l'opinion d'Aubry et Rau et y voir plutôt un droit personnel opposable aux tiers qu'un droit réel et cela principalement à raison de l'absence du droit de suite.

Par contre, Guillouard (*Du nantissement*, n° 243, p. 243), voit dans l'antichrèse un droit réel et nous savons déjà que cet auteur fait également du droit de rétention un droit réel, en argumentant dans les deux cas de l'opposabilité aux tiers du droit de l'antichrèsiste ou du rétenteur.

Nous avons déjà eu l'occasion de signaler d'autre part (V. plus haut, p. 122) la théorie de Troplong (*Louage*, I, n° 5, II, n° 413) qui accordait la qualité de droit réel au droit du preneur dérivant du contrat de bail.

Enfin ainsi que nous le verrons ultérieurement, certains auteurs ont considéré comme des droits réels soit tous les privilèges soit les privilèges spéciaux tant mobiliers qu'immobiliers à l'exclusion des privilèges généraux (V. plus loin, 2e partie, Chap. V, Sect. I).

En définitive, on peut dire que si la détermination des différents droits réels reste quelque peu flottante dans la doctrine classique c'est que certains auteurs s'attachent surtout comme critérium de la « réalité » du droit à l'existence du droit de suite alors que d'autres au contraire s'attachent surtout au fait que ce droit est opposable aux tiers et font de cette opposabilité le caractère essentiel du droit réel.

§ 4. *L'objet du droit réel dans la théorie classique.* — Normalement le droit réel a pour objet une chose matérielle. C'est bien là la conception que s'en font en principe les auteurs

classiques, comme le montre ce passage de Baudry-Lacantinerie (*Précis*, I, n° 1330, p. 661), à propos du droit de propriété, dont tous les autres droits réels sont d'après cet auteur des démembrements : « *Comme tout droit réel quelconque* le droit de propriété ne peut avoir pour objet qu'*une chose matérielle* individuellement déterminée. On qualifie, il est vrai, de propriété un certain nombre de droits patrimoniaux qui n'ont pas pour objet des choses matérielles (propriété des œuvres littéraires et artistiques, des modèles et dessins, des marques de fabrique, des enseignes, du nom commercial). On parle aussi quelquefois de la propriété d'un droit de créance. Mais alors le mot : propriété est détourné de son acception technique ».

Cependant, suivant une conception dont nous avons déjà parlé (V. plus haut, p. 110 et s.) la théorie classique considère les droits tant réels que personnels, envisagés indépendamment de leur objet comme des « biens incorporels » ou des « choses incorporelles » les deux expressions étant fréquemment employées comme synonymes. C'est ainsi qu'après avoir déclaré que « les choses (c'est-à-dire les choses matérielles) sont les objets directs ou indirects des droits ou biens et non les biens eux-mêmes », Baudry-Lacantinerie (*Précis*, I, n° 1268, p. 623) indique que le législateur ayant confondu, suivant en cela la tradition romaine, le droit de propriété avec son objet ,« considère dans les articles 512 et s. et 528 du Code civil comme des biens, toutes les choses mobilières ou immobilières sur lesquelles nous avons un droit de propriété ».

Bien qu'il qualifie cette confusion qui amène à considérer le droit de propriété comme corporel, de *non sens*, « tous les droits étant nécessairement incorporels » (Baudry-Lacantinerie, loc. cit.), il n'hésite pas un peu plus loin (op. cit., n° 1270, p. 624) à employer lui-même le langage du Code, et après, nous avoir dit que les « biens corporels sont ceux qui peuvent tomber sous les sens », il écrit : « Les biens incorporels sont ceux qu'on ne conçoit que par l'intelligence. Tous les droits sont des choses incorporelles par exemple le droit d'usufruit, le droit de servitude. Sans doute l'objet du droit de servitude porte sur un fonds de terre ou un bâtiment; mais le droit lui-même est incorporel ».

Or la théorie classique, d'accord d'ailleurs en cela avec la terminologie employée par le Code civil et par des lois postérieures, semble admettre que ces biens incorporels ou choses incorporelles que sont les droits peuvent eux-mêmes faire l'objet de droits réels tout au moins autres que la propriété. C'est ainsi qu'à propos de l'usufruit, Baudry-Lacantinerie écrit (*Précis*, I, n° 1555, p. 777) : « L'usufruit peut d'ailleurs porter... sur des choses incorporelles aussi bien que sur des choses corporelles. Ainsi un droit d'usufruit peut porter sur une créance ou sur une rente soit perpétuelle soit viagère. On peut même établir un droit d'usufruit sur un autre usufruit, le second usufruitier est alors substitué au premier pour la durée de celui-ci ».

C'est ainsi encore que l'article 2118 Code civil admet que le droit d'usufruit ayant pour objet un immeuble peut faire l'objet d'une hypothèque (Baudry-Lacantinerie, *Précis*, II, n° 1825) que la loi du 8 février 1897 admet la possibilité d'hypothéquer le droit de superficie et celle du 25 juin 1902, celle de constituer une hypothèque ayant pour objet un droit réel d'emphytéose. De même nous ne rapellerons que pour mémoire ce que nous avons dit au sujet du gage des créances et d'une manière générale des biens incorporels dans notre première partie car nous aurons bientôt à revenir amplement sur ce point.

On peut donc dire que, si en principe pour la théorie classique le droit réel a pour objet une chose matérielle, cette théorie admet dans certains cas la possibilité pour les droits réels autres que le droit de propriété d'avoir pour objet des droits soit réels soit personnels considérés comme « choses incorporelles ».

Nous ne ferons pas ici la critique de cette conception qui a d'ailleurs été amplement développée par certains auteurs postérieurs à l'école classique et que nous retrouverons bientôt.

Cependant il est difficile de ne pas remarquer dès à présent que cette conception enferme la théorie classique dans un cercle de contradictions dont les extraits que nous venons de donner du *Précis* de Baudry-Lacantinerie donnent déjà une idée. Signalons également que cette conception avait été très vivement et très pertinemment critiquée par Marcadé

(II, p. 392, n° 402). « L'article 543, écrit cet auteur, parle des droits sur les biens; il est clair qu'il veut dire sur les choses. Dire d'abord (art. 517 à 525, 527, 528, 531, 532) que les choses corporelles sont par elles mêmes des biens; ensuite que les droits sont aussi des biens; (art. 526, 529, 530); puis qu'on peut avoir des droits sur les biens, c'est se jeter et jeter les autres avec soi dans une inextricable confusion, dans un tohu-bohu d'idées incohérentes au milieu desquelles il est impossible de se reconnaître. Ainsi quand j'ai une maison, j'ai un bien immeuble corporel d'après l'article 528; mais j'ai aussi un droit de propriété sur cette maison, distinct de la maison et qui constitue (art. 526) un bien incorporel; j'ai donc deux biens immeubles l'un sur l'autre!

Maintenant on me dit que sur les biens dont ce titre I a parlé, lesquels comprendront tous les droits possibles, je puis avoir tels et tels droits; j'aurais donc des droits sur des droits !

Rien n'était plus facile de sortir de cet imbroglio dont le germe, il est vrai, se trouvait dans la loi romaine, mais que nos rédacteurs, au lieu d'éviter, ont développé et complété d'une manière vraiment fâcheuse.

Il fallait appeler choses (*res*) les objets matériels sur lesquels portent nos droits; puis n'appeler biens (*bona*) que les droits dont ces choses sont l'objet; le bien serait ainsi le droit de la personne sur la chose ou à la chose (*jus in re* ou *ad rem*; ces biens ne seraient meubles ou immeubles que par leur objet ou par détermination de la loi; les choses seulement seraient telles par leur nature... »

Malheureusement après avoir critiqué aussi vigoureusement la terminologie vicieuse du Code, cet auteur nous entraîne lui-même dans une confusion aussi grave que celle qu'il vient de dénoncer en empruntant aux canonistes et à notre Ancien Droit l'expression de *jus ad rem* (V. sur cette notion, Rigaud, thèse citée, p. 86 et s.) pour désigner le droit de créance et en déniant comme nous l'avons vu à l'hypothèque la qualité de droit réel.

Quoiqu'il en soit, les critiques de Marcadé n'ont dans la théorie classique reçu qu'une satisfaction partielle et toute de principe, puisque tout en repoussant la confusion du droit de propriété et de son objet, les auteurs classiques ont

tout au moins implicitement admis la possibilité contre laquelle il s'indignait d'avoir « des droits sur des droits » et notamment des droits réels ayant pour objet soit d'autres droits réels soit des droits de créance. Nous verrons bientôt comment la doctrine postérieure a utilisé cette possibilité pour construire une théorie nouvelle des droits réels de garantie.

Section II.

Les critiques formulées contre la doctrine classique. - A. - **Les controverses sur la notion de droit réel. L'opposition du droit réel et du droit de créance devant la doctrine moderne. - Conceptions unitaires ou monistes. -** B. - **Controverses sur l'objet des droits réels. - Les « droits réels intellectuels ». - Les « droits sur droits » ou « droits réels juridiques ». - Conséquences de cette conception en ce qui concerne la nature des droits réels de garantie. -** C. - **La théorie des démembrements de la propriété et la doctrine moderne.**

La théorie classique du droit réel a été battue en brèche de différents côtés. L'opposition très nette qu'elle établit entre les droits réels et les droits personnels ou de créance lui a attiré de vives critiques qui se sont exercées d'ailleurs dans des sens contradictoires, les uns essayant de ramener au moins en partie la notion de droit de créance ou d'obligation à la notion de droit réel, les autres au contraire voyant dans le droit réel une obligation passive universelle. D'autre part, les contradictions que nous avons signalées dans la doctrine classique en ce qui concerne l'objet du droit réel conçu tantôt comme étant nécessairement une chose matérielle, tantôt au contraire comme pouvant être un « bien incorporel », ont été l'amorce de théories nouvelles qui ont franchement préconisé l'extension du domaine d'application des droits réels et admis que ces droits pouvaient avoir

pour objet soit les produits de l'intelligence, soit même d'autres droits et qu'ainsi le droit réel ne portait pas nécessairement sur des choses matérielles. Ces théories ont amené leurs auteurs à séparer beaucoup plus nettement que ne l'avaient fait les auteurs classiques les droits réels de garantie des droits réels principaux.

Enfin l'idée que les droits réels autres que la propriété constituaient des démembrements des « parties détachées » de celle-ci a été elle-même critiquée par des auteurs qui ont prétendu distinguer le droit de propriété conçu en lui-même des avantages matériels qu'il peut procurer.

Nous ne pourrons donner ici qu'un aperçu de ces diverses théories dont on trouvera un exposé plus complet dans le tome V du *Supplément* au Traité de Baudry-Lacantinerie, par M. le professeur Bonnecase (V. aussi la thèse déjà citée de Rigaud, *Le droit réel, histoire et théories*).

§ 1. *L'opposition du droit réel et du droit de créance devant la doctrine moderne. - Conceptions unitaires ou monistes rejetant cette opposition.* — Ainsi que nous venons de l'indiquer la conception dualiste du droit réel et de l'obligation qui se trouve à la base de la théorie classique a été menacée par des conceptions nouvelles qui ont prétendu identifier dans une certaine mesure le droit réel et l'obligation ou droit de créance. Ces conceptions se présentent sous une double forme; tantôt on a prétendu « ramener le droit de créance à un droit sur les biens, à une espèce de droit réel » (Rigaud, thèse citée, p. 467 et s.); tantôt au contraire on a voulu « réduire le droit réel à une obligation d'un certain genre » (Rigaud, loc. cit.).

A. - *Première variante de la thèse unitaire : L'obligation ou droit de créance identifiée avec le droit réel.* — Cette conception n'a, à vrai dire, jamais été énoncée formellement par les auteurs que l'on peut considérer comme se rattachant à cette tendance; au lieu d'assimiler franchement l'obligation au droit réel, ils ont parlé de « l'objectiver », de voir en elle « une valeur indépendante, sinon complètement indépendante » de la personne du débiteur.

Cette tendance est principalement marquée dans les ouvrages de Saleilles (*Etude sur la théorie générale de l'obli-*

gation d'après le premier projet de C. civ. all.) et dans diverses thèses de doctorat dont on trouvera l'énumération et la discussion dans la thèse de Rigaud (thèse citée, p. 467 et s.).

C'est ainsi que dans sa thèse sur le rapport de dettes (*Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, Thèse, Dijon, 1898) Gaudemèt écrit : « Le droit personnel n'est plus un droit sur la personne, c'est un droit sur les biens : *jus ad rem*. Sa seule différence avec le droit réel est qu'il ne frappe pas privativement une chose déterminée mais collectivement un patrimoine entier ». Ailleurs il déclare qu'aujourd'hui ce n'est plus la personne qui doit à la personne, mais « c'est le patrimoine qui doit au patrimoine; le débiteur et le créancier ne sont plus que les représentants juridiques de leurs biens ».

De même Jallu (*De l'idée de la continuation de la personne comme principe des transmissions universelles*, Thèse, Paris, 1902) déclare que l'obligation « est devenue au même titre que la propriété une autre forme d'appropriation de la richesse, un bien parmi les autres biens dans les fortunes individuelles et dans la fortune publique, un droit non plus sur la personne mais un droit sur la chose ou plutôt si l'on veut sur les choses ».

Gazin (*Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, Thèse, Dijon, 1911) emploie des formules plus nettes encore que les auteurs précédents, puisque pour lui le droit personnel est « un droit réel indéterminé quand à l'objet matériel sur lequel il porte »; il pousse l'élimination de l'élément personnel dans le droit de créance jusqu'à écrire que « la nécessité d'un sujet passif ne fait pas partie intégrante du droit personnel », autrement dit qu'on peut concevoir une obligation sans débiteur.

En définitive ces conceptions aboutissent à confondre le droit de créance avec le gage général reconnu aux créanciers chirographaires par l'article 2092 du Code civil sur le patrimoine de leur débiteur; elles se relient d'autre part à la théorie dite objective du patrimoine qui voit dans celui-ci une masse de biens affectée à un but déterminé et tend à faire abstraction de la personnalité du titulaire du patrimoine pour expliquer son unité (V. sur cette théorie et sur la

réaction qu'elle marque contre la conception subjective ou personnelle d'Aubry et Rau, Gary, *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit*, Thèse, Bordeaux, 1932, p. 141 et s.).

L'assimilation ainsi tentée entre le droit de créance et le droit réel reste malgré tout quelque peu incomplète étant donné le caractère indéterminé de l'objet du droit personnel, à moins d'admettre que l'objet d'un droit réel puisse être indéterminé ou consister dans une universalité de droit, ce qui revient comme l'écrit Rigaud à fausser à la fois la conception de l'obligation et celle du droit réel.

B. - *Seconde variante de la thèse unitaire ou moniste : Le droit réel ramené à la notion d'obligation sous la forme d'une obligation passivement universelle.* — Cette seconde variante a été présentée de façon beaucoup plus formelle et plus dogmatique que la première; elle a eu aussi beaucoup plus de retentissement. Présentée pour la première fois sous une forme assez modérée par Ortolan (*Généralisation du Droit romain*, 11e éd., p. 550, note 2 et p. 637), elle a été surtout développée par Planiol (*Traité élémentaire*, I, n° 2159 et s., p. 684 et s.), par Roguin (*La règle de droit*, p. 54, n° 26, p. 77 et passim) et par Demogue (Note au S, 08, 1, p. 84; *Notions fondamentales de droit privé*, 1911); elle a été également soutenue dans un certain nombre de thèses de doctorat parmi lesquelles la plus connue est celle de Michas (*Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*, Paris, 1900) à côté de laquelle on peut citer celles de Quéru (*Synthèse du droit réel et du droit personnel. Essai d'une critique historique et théorique du réalisme juridique*, Thèse, Caen, 1905), de Prodan (*Essai d'une théorie générale des droits réels*, Thèse, Paris, 1909) et de G. Ripert (*De l'exercice du droit de propriété*, Thèse, Aix, 1902).

Nous examinerons successivement les critiques adressées par ces auteurs à la théorie classique et l'analyse positive qu'ils font du droit réel considéré par eux comme une obligation passive universelle en prenant pour base de notre exposé les développements de Planiol.

I. - On trouvera un tableau complet des critiques adressées par les partisans de la thèse personnaliste à la théorie clas-

sique dans Rigaud (thèse citée, p. 138 et s.). Nous ne retiendrons ici que les plus importantes.

Le principal grief de ces auteurs à l'encontre de la doctrine classique est d'avoir fait du droit réel un rapport entre une personne et une chose. « Il n'est pas exact, écrit Planiol (*Traité élémentaire*, I, n° 2159, p. 684) de dire que le droit réel (la propriété par exemple) consiste à établir un *rapport entre une personne et une chose*. Ce rapport direct n'est qu'un *fait* et il a un nom : c'est la *possession*, c'est-à-dire la possibilité de détenir la chose et de s'en servir en maître. Un rapport d'*ordre juridique* ne peut pas exister entre *une personne* et une chose; ce serait un non-sens. Par définition, *tout droit est un rapport entre les personnes*. C'est la vérité élémentaire sur laquelle est fondée toute la science du droit et cet axiome est inébranlable. En d'autres termes le droit réel, comme tous les autres, a nécessairement un *sujet actif*, un *sujet passif* et un objet ». En note, Planiol revient sur cette idée (loc. cit., note 2) : « Il ne peut y avoir de rapport d'ordre juridique entre une personne et une chose parce que donner un droit à l'homme sur la chose équivaudrait à imposer une obligation à la chose envers l'homme, ce qui serait une absurdité. Le *droit* ne peut exister au profit d'une personne que contre d'autres personnes capables de le supporter comme *sujets passifs* c'est-à-dire capable d'avoir des obligations ».

A ce grief se rattache le reproche fait par Michas (thèse citée, p. 125 et s.) à la théorie classique d'isoler l'individu du milieu social, d'être trop exclusivement individualiste et antisociale; au contraire la théorie nouvelle de l'obligation passive universelle serait davantage conforme à la réalité sociale et fondée sur l'interdépendance des hommes.

Parmi les critiques secondaires adressées par les auteurs personnalistes, à la conception classique notons l'incapacité où elle serait de fournir un critérium solide pour reconnaître la réalité et la personnalité des droits, notamment en ce qui concerne le droit du locataire, de l'emphytéote, les privilèges généraux, le bénéfice de séparation des patrimoines, etc...

En outre Demogue tire argument de ce qu'il appelle la « compénétrabilité et la superposition des droits, » notamment du droit de l'usufruitier ou du gagiste d'une créance,

qui seraient impossibles à expliquer dans la théorie classique, car comment expliquer avec la séparation radicale des droits réels et des droits personnels, qu'un droit réel puisse avoir pour objet un droit personnel?

II. - L'aspect positif de la conception nouvelle a été ainsi exposé par Planiol (*Traité élémentaire*, I, n° 2160, n° 684) Après avoir déclaré comme nous l'avons vu que tout droit suppose un rapport entre deux personnes, il écrit : « Appliquons ces idées au droit de propriété; il y a une personne qui nous fournit déjà uu des deux termes du rapport, c'est le *propriétaire*; il ne reste plus qu'à trouver l'autre terme et il n'est pas difficile à découvrir; c'est *tout le monde*, excepté lui. Un droit réel quelconque est donc un rapport juridique établi entre *une personne* comme *sujet actif*, et *toutes les autres* comme *sujets passifs*. Ce rapport est d'*ordre obligatoire*; c'est-à-dire qu'il a la même nature que les obligations proprement dites. L'obligation imposée à tous autres que le titulaire du droit est purement négative; elle consiste à s'abstenir de tout ce qui pourrait troubler la possession paisible que la loi veut assurer à ce dernier. Le droit réel doit donc être conçu sous la forme d'un rapport obligatoire dans lequel le sujet actif est *simple* et représenté par une seule personne, tandis que le sujet passif est *illimité en nombre* et comprend toutes les personnes qui entrent en relation avec le sujet actif. C'est le rôle effacé imposé à ces dernières qui empêche de les apercevoir et de se rendre compte de la nature du rapport qu'elles contribuent à former. Comme on ne leur demande qu'une abstention qui est l'état normal, elles disparaissent et on ne voit plus que le titulaire du droit en possession de la chose qui lui est attribuée, accomplissant en paix sur elle les actes qui font l'objet de son droit. De là l'idée vulgaire du *rapport direct* d'une personne avec une chose, *idée superficielle, fausse comme conception juridique.* Au fond, les personnes tenues de s'abstenir au profit du titulaire du droit réel n'existent pas moins; et c'est par là seulement que le propriétaire diffère du voleur qui est tout autant que lui en rapport direct avec la chose; personne n'est tenu de respecter la possession du voleur; tout le monde est tenu de respecter celle du propriétaire. Le lien obligatoire qui englobe tout le monde moins le titulaire du droit, devient

visible quand il est violé : le contrevenant est condamné à une réparation ce qui ne se comprendrait pas s'il n'était obligé à rien auparavant ».

Ainsi d'après cette théorie, le droit réel et le droit de créance seraient tous deux des « rapports d'obligation » dont la nature juridique serait la même, mais Planiol relève cependant entre eux deux différences essentielles, portant l'une sur le nombre des sujets passifs, l'autre sur l'objet de l'obligation (Planiol, loc. cit., n° 2163, p. 686) : « 1° L'obligation appelée « droit de créance » n'existe jamais que contre *une seule personne* ou s'il y a plusieurs débiteurs, ceux-ci sont toujours *limitativement déterminés*; le droit réel est *opposable à tout le monde* puisque il implique l'existence d'une obligation dont tout le monde est tenu; on peut exprimer cette différence en disant que le droit de créance est un droit *relatif*, tandis que le droit réel est un droit *absolu*.

2° Le droit réel considéré comme rapport obligatoire universel, ne peut jamais imposer qu'une simple *abstention* : ne rien faire qui puisse nuire à la personne investie activement du droit. Bien autrement énergique est l'obligation restreinte qui forme le droit de créance : elle permet d'exiger du débiteur un fait positif, une *prestation* et elle seule peut avoir cet effet.

Dans le cas même où le droit de créance oblige le débiteur à ne pas faire, l'abstention qu'il impose diffère encore profondément de celle qui constitue un droit réel. La différence consiste en ceci : l'abstention imposée par l'existence d'un droit réel ne diminue en rien les facultés naturelles ou légales des autres personnes; on leur demande seulement de ne pas nuire au titulaire du droit : tous les droits qui leur sont propres restent intacts. Au contraire l'abstention qui fait l'objet d'un droit de créance quand l'obligation est de ne pas faire, diminue sur un point particulier les facultés légales du débiteur; son obligation l'empêche de faire une chose qui lui serait permise d'après le droit commun. L'existence d'un droit de créance constitue donc toujours une *charge exceptionnelle* pour le débiteur, un *élément de passif* dans son patrimoine; tandis que l'abstention universelle, que la loi commande pour assurer le respect des personnes et des biens n'est pas considérée comme une charge;

c'est l'*état normal*. Les droits réels figurent seulement comme éléments d'actif dans le patrimoine de leur titulaire; l'obligation de s'abstenir, qui en forme la contre partie n'a pas besoin d'entrer en ligne de compte dans le patrimoine d'autrui ».

Planiol ajoute que « le droit réel ne peut jamais exister qu'à l'occasion d'une chose déterminée » alors que dans le droit de créance la chose qui fait l'objet de la prestation peut être une chose de genre, désignée seulement par sa quantité et sa nature. Cela tient, dit-il, à ce que « le droit réel a toujours pour objet de garantir le fait de la possession qui est nécessairement concret et qui ne peut exister que pour une chose déterminée ».

III. - Nous examinerons dans le paragraphe suivant les controverses qui se sont élevées sur les choses qui peuvent faire l'objet des droits réels, en prenant ce terme dans le sens que lui donne la théorie classique et en désignant ainsi les choses ou les biens dont les droits réels assurent d'une manière exclusive l'usage et la jouissance totale ou partielle à leur titulaire. Mais il nous faut ici nous demander ce que la théorie nouvelle entend par l'objet du droit réel.

En effet dans les développements dont nous venons de citer la plus grande partie, Planiol prend successivement ce terme dans trois sens différents : Tout d'abord, il nous dit (op. cit., n° 2159 in fine, p. 684) que l'objet du droit réel est « la chose possédée ». rejoignant sur ce point la théorie classique; puis il nous parle (N° 2160, p. 685) du titulaire du droit réel accomplissant sur la chose « les actes qui font l'objet de son droit »; l'objet du droit réel serait alors les actes d'usage, de jouissance ou de disposition qu'il permet à son titulaire d'accomplir; enfin, envisageant le droit réel comme un rapport obligatoire et le comparant au droit de créance il nous dit que l'*objet de l'obligation* à laquelle se ramène le droit réel consiste dans l'*abstention* des sujets passifs (n° 2163, p. 686).

Michas (Thèse citée, p. 138) ne conserve que ce dernier sens : « L'objet du droit, écrit-il, réside dans l'action ou l'inaction forcée du sujet passif, nullement dans la faculté d'agir ou de ne pas agir du titulaire; celle-ci est en effet une pure

faculté naturelle, apparente ou réelle peu importe; elle échappe absolument à l'action du législateur... »

Ainsi d'après Michas, l'objet du droit réel serait uniquement l'abstention universelle imposée aux sujets passifs de ne pas troubler le titulaire du droit dans sa possession; quant à celle-ci elle serait un fait purement matériel étranger au droit.

Cet objet serait donc identique dans tous les droits réels; on peut se demander dans ces conditions comment il sera possible de distinguer ceux-ci les uns des autres. C'est sans doute ce qui a amené Prodan (thèse citée, p. 31 et s.), dans un effort de subtilité intellectuelle digne d'un meilleur emploi, à distinguer dans tous les droits jusqu'à sept éléments. Nous retiendrons seulement la distinction qu'il fait entre le contenu du droit, son objet, la chose et le but du droit.

D'après cet auteur (p. 37 et s.) le contenu d'un droit serait « la manière dont le sujet actif peut agir contre le sujet passif pour obtenir l'accomplissement de l'objet du droit, les actes juridiques qui peuvent être exercés par le titulaire, les actions qu'il peut intenter ». Le contenu d'un droit ne consisterait donc jamais dans des actes naturels accomplis sur les choses; « les droits sont des constructions juridiques à caractère formel créées pour protéger des faits naturels qui restent en dehors de cette construction ». Le contenu du droit se résumerait donc dans l'action en justice qui ne serait autre que le « droit mis en mouvement »; d'où la conséquence qu'« il n'y a pas de droit sans action et qu'il existe une seule action pour chaque droit participant à sa nature ».

L'objet du droit serait « le fait volontaire et obligatoire auquel le sujet passif est tenu envers le sujet actif » (Prodan, op. cit., p. 39 et s.). Ce fait consiste dans « l'exercice ou l'abstention de l'exercice d'une faculté naturelle ».

La chose « ne serait jamais l'objet de droit mais le *substratum* de l'objet influençant différemment le but du droit suivant sa nature » (op. cit., p. 48 et s.). D'après Prodan il y aurait une distinction à faire à ce sujet entre les notions de chose et de bien. La chose serait « un objet extérieur tombant sous les sens » alors que le bien aurait un « caractère abstrait ». D'après Prodan certains biens tels que les droits et les univer-

salités de droit, ne seraient pas des choses; de même toute chose ne serait pas nécessairement un bien. C'est sur cette base que l'on pourrait diviser les biens en biens incorporels et en biens corporels dont « les premiers constitueraient un patrimoine de droits; les autres un patrimoine de choses ou domaine ».

Le but, d'après Prodan, marque « la direction des droits »; « il indique l'utilité, la jouissance que doit procurer la chose, ce qui est permis au sujet actif et interdit au sujet passif ».

Mais l'analyse et la comparaison des divers éléments indiqués par lui ne suffiraient pas d'après Prodan (p. 54 et s.) pour opérer une classification rationnelle des droits. « Tout droit, dit-il, est la protection d'un fait; il faut donc distinguer deux parties : le rapport juridique envisagé en lui-même et le fait naturel soumis au droit ». La classification essentielle doit donc être faite « d'après le fait soumis au droit que celui-ci a pour but de protéger et qui est en même temps la condition d'exercice du but du droit » (Prodan, op. cit., p. 58). Ce fait consiste « dans un acte de maîtrise du sujet du droit sur la chose ».

Prodan applique ensuite au droit réel les définitions qu'il vient de donner (op. cit. p. 79). Dans le droit réel, « l'objet du droit est l'obligation d'abstention des sujets passifs » Le contenu serait « la prétention à l'exécution de l'objet » se traduisant soit par l'action publique contre les auteurs du délit soit par une action civile ayant pour but « de se faire rendre la chose et variant suivant que celle-ci est une chose matérielle ou un droit c'est-à-dire un prix ». Ces actions comportent « l'exercice d'un droit de suite soit à titre principal et unique, soit accessoirement à un droit de préférence dont elles facilitent la réalisation, et l'exercice d'un droit de préférence à titre principal et unique ou accessoirement au droit de suite ».

La chose qui doit être « déterminée dans son individualité » peut être : « ou incorporelle, et elle consiste alors dans un prix, ou corporelle et consister dans un objet qui peut être matériel (chose) ou intellectuel (œuvre) ».

Le but du droit réel consiste dans « les facultés naturelles laissées au titulaire du droit pour être exercées sur la chose dont il retire ainsi l'utilité par des actes de consommation

pour les choses matérielles, d'exploitation pour les choses intellectuelles, de circulation (actes juridiques) pour les choses incorporelles ».

Le fait que le droit réel est destiné à protéger, pour employer la terminologie de Prodan, consiste donc d'après lui dans l'usage et la jouissance des choses matérielles. des œuvres intellectuelles ou des droits. Mais ce fait d'après Prodan (p. 86 et s.) qui critique la définition de l'article 2228 du Code civil ne constituerait pas la possession proprement dite; celle-ci est « plutôt une condition indispensable de l'existence du droit (il n'y a pas de droit réel sans possession) qu'un élément du droit. Posséder c'est conserver une chose à sa disposition, pour pouvoir exercer les autres facultés d'utilisation de la chose... Si la possession est un état de fait, cet état est formé par des actes de conservation et non par des actes de jouissance et d'usage; la possession est un fait ou un état de fait corporel avec l'intention d'un usage ».

Nous avons tenu à reproduire les passages de Michas et de Prodan relatifs à l'objet des droits réels parce qu'ils sont très nettement révélateurs de la tendance de la théorie nouvelle à éliminer du domaine du droit les notions de chose matérielle et de rapport physique entre les personnes et les choses; malheureusement pour les partisans de la théorie personnaliste, les développements mêmes de Prodan que nous venons de citer montrent, si nos lecteurs nous pardonnent la vulgarité de cette expression, que ces notions lorsqu'on les chasse par la porte, reviennent aussitôt par la fenêtre, puisque cet auteur quoiqu'il en aie, est bien obligé de leur faire une place dans ses définitions et que sa tentative pour les éliminer n'aboutit en définitive qu'à compliquer inutilement l'énonciation des éléments du droit.

Nous ne procéderons pas pour l'instant à l'examen critique des conceptions de Planiol et de ceux qui ont adopté sa doctrine sur ce point; il nous faut en effet auparavant examiner les autres controverses auxquelles a donné lieu dans la doctrine moderne la notion de droit réel et qui portent non plus sur la nature juridique du droit, mais sur son objet et son contenu, ces expressions étant entendues dans le sens qu'elles ont dans la théorie classique et non dans

le sens spécial qui leur est donné par les développements de Prodan.

§ 2. *Controverses sur l'objet du droit réel. - La notion de droit réel peut elle être étendue en dehors du domaine des choses matérielles? - Les « droits réels intellectuels » - La conception des « droits sur droits » ou « droits réels juridiques ». - Les droits réels accessoires conçus comme « droits réels juridiques ». - Les universalités de droit çoncues comme pouvant faire l'objet de droits réels : les « droits réels généraux ».* — Ainsi que nous l'avons déjà indiqué nous entendons ici l'objet du droit réel dans le sens qu'à ce terme dans la théorie classique où il désigne la chose ou le bien dont le droit réel confère à son titulaire l'usage, la jouissance ou la disposition d'une manière exclusive. Nous savons que d'après Michas et Prodan, ce terme serait impropre, l'objet du droit réel étant toujours l'abstention à laquelle sont tenues les personnes autres que le sujet actif du droit.

Rappelons encore que si la théorie classique pose en principe que tout droit réel a nécessairement pour objet une chose matérielle, elle n'est pas sur ce point toujours parfaitement logique avec elle-même puisqu'elle admet qu'un droit réel d'usufruit ou de gage par exemple peut avoir pour objet un droit soit réel soit personnel.

Nous avons d'autre part dans notre première partie rappelé l'existence des droits qui assurent à leur titulaire le monopole de l'exploitation des produits de l'intelligence, des œuvres intellectuelles auxquelles on donne d'ordinairement le nom de propriété intellectuelle (industrielle, commerciale, artistique ou littéraire) et dont on peut se demander s'ils constituent ou non des droits réels proprement dits.

Aussi, dans sa thèse déjà citée sur le droit réel, (p. 385 et s.) Rigaud a -t-il pu écrire que le « cercle des droits réels avait été élargi par la théorie des choses incorporelles »; pour lui « la chose n'est pas toujours un objet du monde extérieur ayant une existence matérielle ou physique. L'attribution de la qualité d'objet du droit... peut être reconnue soit à une partie de la nature physique soit à certaines relations humaines qui, par la durée ou la sécurité que leur

donne le droit en les organisant, sont susceptibles d'être objectivées » (Rigaud, thèse citée, p. 393).

Nous examinerons successivement à ce sujet les conceptions émises en ce qui concerne les droits ayant pour objet les produits de l'intelligence, les droits ayant pour objet d'autres droits, et enfin les droits ayant pour objet des universalités, particulièrement des universalités de droit, si tant est que l'on doive admettre cette possibilité que nous écartons pour notre part, comme nous écartons ainsi que nous le dirons plus loin la théorie des « droits sur des droits ».

A. - « *Droits réels intellectuels* ». — Nous ne nous livrerons pas ici à un examen approfondi de la véritable nature juridique des droits ordinairement qualifiés de propriété industrielle, littéraire et artistique, et des différentes conceptions émises par les auteurs à ce sujet. Non pas que la question ne soit très importante; mais outre qu'elle demanderait des développements que nous ne pouvons lui consacrer ici, elle est trop connue pour y insister longuement. On en trouvera d'ailleurs un exposé complet dans le tome V du *Supplément au Traité de Baudry - Lacantinerie*, par M. le professeur Bonnecase (p. 762 et s., n^{os} 348 et s.). Nous nous bornerons donc à quelques observations, ayant déjà laissé pressentir (V. 1re partie, p. 109 et 148) la solution à laquelle nous nous rallierons plus loin (Sect. III de ce chap., § 6) au sujet de la nature de ces droits.

Bien que les termes de « propriété littéraire, artistique et industrielle » soient aujourd'hui passés dans le langage courant pour désigner les droits reconnus aux auteurs et inventeurs sur leurs œuvres et inventions, la plupart des auteurs s'accordent aujourd'hui à reconnaître que ces droits ne sont pas véritablement des droits de propriété ni même des droits réels. Cette assimilation a été combattue avec vigueur dans le passé par Renouard, (*Traité des droits d'auteurs*, 1838) et par P.-J. Proud'hon (*Les majorats littéraires*, 1862) en ce qui concerne les droits d'auteur. Nous avons reproduit plus haut un passage du *Précis* de Baudry-Lacantinerie (I, n° 1330, p. 661, V. plus haut, p. 369) dans lequel celui-ci écarte cete assimilation au point de vue juridique.

Le principal adversaire de la théorie classique, Planiol ne pense pas à ce sujet autrement que ses devanciers; c'est ainsi qu'il écrit (*Traité élémentaire*, I, n° 2545, p. 821) : « La possibilité d'une appropriation ne dépend pas des désirs de l'homme mais de la nature des choses. Le *monde matériel* est destiné à l'*appropriation* parce qu'il ne peut donner son plus grand rendement utile que par la répartition des choses et le cantonnement des possessions individuelles. Le *monde des idées* est d'une nature toute différente : il est fait pour la *communauté*. L'idée ne devient utile que par son *expansion*; son triomphe suprême serait de devenir *commune* à tous les hommes... L'idée répugne donc par sa nature au droit de propriété qui suppose la possibilité d'une possession exclusive. La vérité est que l'auteur a droit à un *salaire*. En pratique on a depuis longtemps trouvé le moyen de le lui assurer au moyen d'un *monopole d'exploitation* ».

Cependant certains auteurs ont soutenu que les droits des auteurs et inventeurs s'ils ne sont pas des droits de propriété, sont tout au moins des droits réels d'une nature spéciale, des « droits réels intellectuels ».

Rigaud (thèse citée, p. 395 et s.) admet que le droit de l'auteur est double ; et comprend un droit de la personnalité et un droit réel sur l'œuvre susceptible de cession et de saisie. Le droit de la personnalité (qu'on appelle aussi parfois « droit moral ») permettrait à l'auteur de s'opposer à la publication de son œuvre, même après la cession de son droit réel, dans la mesure où cette publication compromettrait sa personnalité; il est incessible. Rigaud rattache les différences existant dans la protection juridique des droits réels sur choses corporelles et des droits intellectuels à la différence de nature de l'objet; les droits réels sur choses corporelles donnent à leur titulaire le droit de repousser les tiers pour les empêcher d'occuper la chose alors que les droits intellectuels confèrent essentiellement le droit d'empêcher la reproduction de l'œuvre par des tiers. Malgré cela la « propriété intellectuelle » diffère du monopole en ce qu'elle suppose la « création d'une sphère d'activité nouvelle, d'un bien nouveau » alors que le monopole est « une restriction apportée à une libre activité existante ».

Prodan (thèse citée, p. 139 et s.) voit aussi dans les droits des auteurs et inventeurs des « droits réels intellectuels ». Ces droits comprendraient diverses variétés : la propriété intellectuelle, le droit d'édition, l'usufruit s'exercant sur un droit d'auteur ou sur un fonds de commerce, le droit résultant de la location d'œuvres intellectuelles. Pour Prodan, la propriété intellectuelle est vraiment un droit réel « car elle s'exerce contre tous et impose une obligation d'abstention; c'est un droit exclusif et absolu ». Il ne diffère de la propriété matérielle que par « le but et la chose sur laquelle il porte » C'est « un droit réel garantissant la possession d'une forme en vue d'une exploitation temporaire ».

Cette idée de considérer les œuvres de l'esprit comme des biens incorporels susceptibles de droits réels apparaît également dans certaines monographies consacrées spécialement à l'étude des droits d'auteur ou d'inventeur (V. Renée-Pierre Lepaulle, *Les droits de l'auteur sur son œuvre*, Paris, 1927; J. Rault, *Le contrat d'édition en droit français*, Paris, 1927).

Nous n'insisterons pas sur ces études dont on trouvera l'exposé dans le tome V du *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*; ainsi que l'examen de la question nouvelle de la propriété « scientifique » c'est-à-dire du droit des savants sur leurs découvertes indépendamment de leurs applications pratiques.

Nous ne nous livrerons pas non plus ici à l'examen critique des conceptions qui étendent le domaine des droits réels aux produits de l'intelligence humaine en tant qu'ils sont susceptibles d'une exploitation exclusive, la critique de cette conception devant résulter tout naturellement des solutions que nous adopterons au point de vue de la nature et des caractères spécifiques du droit réel.

B. - *La conception des « droits sur droits » ou « droits réels juridiques ». - Ses conséquences en ce qui concerne la nature des droits réels de garantie ou droits réels accessoires.* — I. - Nous avons déjà vu que la doctrine classique admettait déjà implicitement dans certains cas (notamment pour l'usufruit et le gage) la possibilité pour un droit réel d'avoir pour objet un autre droit soit réel soit personnel. La doctrine moderne tend à considérer d'une façon générale que les

droits patrimoniaux définis comme des « biens incorporels » par opposition aux choses, objets de ces droits, qualifiées de biens corporels (V. Planiol, *Traité élémentaire*, I, p. 691, nos 2174 et 2176) peuvent eux-mêmes faire l'objet de droits réels.

Rigaud, (thèse citée, p. 394, et s.) dit que les droits réels ayant pour objet d'autres droits résultent de « l'attribution établie par la loi ou les conceptions courantes au profit d'un sujet actif, d'un droit appartenant à autrui et considéré comme objet de cette attribution, sans que cela fasse perdre à celui qui est sujet du droit ainsi considéré comme chose incorporelle et objet du droit réel supérieur, sa qualité de titulaire. Sans doute, ajoute Rigaud, l'objet lointain du droit supérieur est la chose si le droit inférieur est un droit réel, ou la personne du débiteur ou plutôt la prestation due par celui-ci s'il est personnel. Mais la figure du rapport dominant, reste réelle, même dans ce dernier cas, parce que la prestation n'est pas due dans l'intérêt du titulaire de ce droit supérieur qui n'en est pas le sujet actif ».

Ces droits ressemblent, d'après Rigaud, aux droits réels sur choses corporelles par « leur construction intellectuelle » mais ils en diffèrent par leur « contenu » c'est-à-dire par les « avantages et les facultés qu'ils confèrent » et certaines espèces de droits réels en sont exclus. C'est ainsi qu'en ce qui concerne les droits de créance, la notion de propriété est remplacée en ce qui les concerne par la notion de « titularité » (Rigaud, op. cit., p. 396 et 397), bien que l'on parle communément de la « propriété des valeurs mobilières ». De même les choses incorporelles ne sont susceptibles d'être grevées ni des droits réels d'usage ou d'habitation ni de servitudes foncières.

II. - On qualifie parfois (V. plus loin, p. 389 et s.) les droits réels ayant pour objet d'autres droits, de « droits réels juridiques »; cette qualification dérive de la distinction faite par Planiol entre la « propriété matérielle » et la « propriété juridique » distinction qu'il est nécessaire d'examiner pour comprendre la définition que donne cet auteur des droits réels de garantie ou du second degré.

Planiol exprime ainsi cette distinction à propos des actes juridiques qu'un propriétaire peut accomplir concernant

la chose sur laquelle il a un droit de propriété (*Traité élém.*, I, n° 2337, p. 756; « En vertu de son droit de propriété, le propriétaire peut faire un certain nombre d'actes juridiques relatifs à sa chose; mais quand on les étudie, en cherchant à préciser quels sont ces actes, on s'aperçoit qu'ils consistent tous à *transférer à autrui* en tout ou en partie le droit de jouissance et de consommation qui appartient au propriétaire sur sa chose. S'il transmet la totalité de son droit, on dit qu'il *aliène la chose*; il fait un acte *translatif de propriété* S'il concède seulement un droit de jouissance partielle sur sa chose, on dit qu'il *démembre sa propriété*; il crée sur la chose un droit réel d'*usufruit*, d'*emphytéose* ou de *servitude*. Il est encore propriétaire mais sa propriété est démembrée; un autre que lui a désormais une partie plus ou moins forte de ses droits sur la chose.

Il faut bien se pénétrer de l'idée que ces différents actes juridiques sont accomplis, *non sur la chose mais sur le droit du propriétaire*. En lui même le droit de propriété n'autorise que les actes matériels de jouissance ou de consommation...; ceux-là seulement forment l'*objet* du droit. Les actes juridiques se bornent à opérer le *déplacement* total ou partiel de ce droit d'user ou de consommer; c'est l'exercice d'une faculté spéciale, la *faculté de céder son droit* » (V. aussi Planiol, Ripert et Picard, III, *Les Biens*, n° 218, p. 221).

Remarquons que dans ce passage, Planiol n'emploie pas les termes de « propriété matérielle » et de « propriété juridique »; ces expressions sont de Prodan, qui ainsi que nous allons le voir bientôt, a développé presque à l'outrance les conceptions de Planiol sur ce point. La distinction n'en est pas moins faite très nettement entre le droit de propriété proprement dit dont l'exercice comporterait uniquement des actes matériels de jouissance et d'usage et la faculé d'accomplir des actes juridiques d'administration ou de disposition qui serait un autre droit s'exerçant sur le premier.

Planiol en tire cette conséquence que les droits réels de garantie (gage, hypothèque) n'ont pas en réalité pour objet la chose elle-même, mais le droit d'usage et de jouissance du propriétaire. Planiol, Ripert et Becqué (XII, *Sûretés réelles*, n° 3, p. 4) écrivent à ce sujet : « Un droit réel de garantie à la différence des droits d'usufruit, d'usage et de servi-

tude, n'est pas un démembrement de la propriété donné pour la jouissance de la chose; c'est si l'on peut ainsi parler un droit réel du *second degré* établi *sur le droit de propriété lui-même* plutôt que sur la chose et qui autorise le créancier impayé à l'échéance à faire vendre à son profit particulier la chose de son débiteur » (V. aussi, Planiol, *Traité élément.*, II, n° 2329 *in fine*, p. 800, à propos du droit réel de gage; et II, n° 2701, p. 878 à propos de l'hypothèque).

III. - Dans sa thèse déjà citée, (p. 154 et s.) Prodan présente cette distinction sous une forme beaucoup plus systématique. Il commence par distinguer la « propriété juridique » de la « propriété matérielle », celle-ci ayant pour but de protéger le droit de consommation des choses » et étant définie comme un « droit réel plein garantissant la possession d'une chose pour une jouissance perpetuelle » (op. cit., p. 110 et s.). La « propriété juridique » s'en distingue parce que « les droits de disposition et d'administration ne s'exerçent pas directement sur la chose mais sur le droit qui s'applique sur la chose c'est-à-dire sur la propriété matérielle » (op. cit., p. 154). Elle présente ces deux caractères d'être « 1° un droit au second degré, c'est-à-dire un droit sur un droit; 2° un droit qui donne une jouissance juridique des biens c'est-à-dire d'en poursuivre la valeur par des actes de disposition ou d'administration ». C'est donc « un droit réel plein garantissant la possession immédiate d'un droit ou si l'on veut la possession médiate d'une chose pour une jouissance juridique perpétuelle ». Les autres droits réels juridiques ou droits au second degré apparaîtront comme « des démembrements de la propriété juridique » (Prodan, op. cit., p. 156).

Parmi ces droits réels juridiques autres que la propriété, Prodan cite le gage et l'hypothèque (p. 165 et s.) l'usufruit des droits (p. 174 et 175) et les droits résultant de ce que Prodan appelle le « louage de droits » (p. 176 et s.). c'est-à-dire du prêt à intérêt conçu comme un « louage de capital » (Planiol, *Traité élémentaire*, II, n^{os} 1665 et 2062), de la cession de loyers, de l'antichrèse et du mandat.

Comme nous l'avons fait en ce qui concerne les droits intellectuels, nous réserverons pour la section suivante la discussion des conceptions de Rigaud, de Planiol et de Prodan en ce qui concerne les droits ayant pour objet d'autres droits.

C. - *Les universalités de droit conçues comme pouvant faire l'objet de droits réels; les « droits réels généraux ».* — Nous avons dans notre première partie rappelé les définitions de l'universalité de fait (V. plus haut, p. 154) et de l'universalité de droit (p. 156). Que l'universalité de fait puisse faire l'objet de droits réels, cela n'est pas douteux, tout au moins lorsque les éléments qui la composent sont uniquement des choses matérielles, comme c'est le cas par exemple pour un troupeau ou une bibliothèque; les droits de propriété, d'usufruit... qui frappent l'universalité sont en ce cas absolument identiques par leur nature aux droits réels dont les éléments de l'universalité envisagés isolément sont susceptibles. Lorsque l'universalité de fait comprend des éléments incorporels et notamment des éléments intellectuels comme l'enseigne, le nom commercial, les marques de fabrique etc... ou des droits de créance tels le droit au bail, ce qui est le cas pour le fonds de commerce, la question de savoir si elle est susceptible de droits réels, dépendra de la solution adoptée en ce qui concerne les droits intellectuels ou les droits ayant tout au moins en apparence d'autres droits pour objet.

Mais la question se pose de savoir si l'universalité de droit dont le type est le patrimoine, peut être considérée comme un bien pouvant faire l'objet de droits réels. Dans leur théorie classique du patrimoine Aubry et Rau (VI, § 574, p. 337 et s.) semblent admettre que le titulaire du patrimoine peut être considéré comme ayant un droit sur celui-ci, ce qui est d'autant plus étrange que pour eux la notion de patrimoine est on le sait lié à la personnalité . « On peut, disent-ils concevoir l'existence d'un rapport entre la personne et le patrimoine; c'est celui qui s'établit entre une personne et tout objet lui appartenant; c'est un *droit de propriété.* Le droit de propriété est le seul droit réel dont le patrimoine est susceptible de former l'objet durant la vie de celui auquel il appartient ».

D'après Prodan (thèse citée, p. 183) il existerait à côté des droits réels ayant pour objet un élément déterminé du patrimoine, des « droits réels généraux » ayant pour objet tantôt un ensemble de choses tantôt un ensemble de droits.

« A côté des choses isolées, écrit-il, dont chacune peut satisfaire par elle-même le besoin auquel elle répond, il y a

des universalités, c'est-à-dire des ensembles de choses similaires qui lorsqu'elles sont corporelles constituent des patrimoines de choses ou lorsqu'elles sont incorporelles des patrimoines de droits; et qui sont destinées à satisfaire un ensemble de besoins différents d'une seule personne, ou un ensemble de besoins identiques de personnes différentes réunies ou non par le lien de l'association. Une personne peut avoir plusieurs patrimoines de choses ou participer à plusieurs patrimoines de choses collectifs, mais ne peut avoir qu'un seul patrimoine de droits, les droits étant attachés à la personne... ».

Prodan divise les droits réels généraux en « 1° droits réels généraux corporels sur un patimoine de choses; il existe une propriété générale pouvant être protégée par une action en revendication du patrimoine, par exemple dans le cas de l'absent, et susceptible d'être démembrée en servitudes (action de *in rem verso*, action paulienne, action oblique), usufruit ou location à titre universel; 2° droits réels généraux juridiques sur un patrimoine de droits : il existe une propriété juridique générale différant de la propriété spéciale par son contenu et son objet, dont le titulaire peut disposer mais seulement à cause de mort par testament ou par institution contractuelle et qui s'exerce par un droit de préférence permettant dans certains cas, à son titulaire d'opposer sa propriété générale à d'autres droits réels notamment aux privilèges généraux...

Cette propriété peut faire place en cas de mort à un droit de copropriété, le droit de succession, permettant à son titulaire d'accomplir des actes conservatoires, lui donnant le droit de refuser ou d'accepter la succession et qui est protégé par la pétition d'hérédité. Cette propriété juridique générale peut être démembrée... ». Prodan énumère les différents droits réels juridiques généraux qui d'après lui peuvent résulter de ce démembrement. Ce seraient : les hypothèques légales, le gage général de l'article 2092, bien qu'il ne confère pas de droit de suite, parce que, dit Prodan, « le droit de suite ne peut résulter d'un droit réel juridique » mais uniquement d'un droit réel matériel; le caractère réel de ce droit se traduirait donc uniquement par un droit de préférence s'exerçant par le privilège de séparation des patrimoines et

par l'hypothèque légale de la masse en cas de faillite. Prodan énumère encore parmi les droits réels juridiques généraux l'usufruit général testamentaire, le cautionnement conçu comme un « prêt de patrimoine », et l'exécution testamentaire qui ne serait autre qu'un « mandat s'exerçant sur un patrimoine » (Prodan, op. cit., p. 190 à 192).

La possibilité pour un droit réel d'avoir pour objet un patrimoine a encore été admise par M. Poplawski (*La notion de privilège en Droit Romain et en Droit civil français, Etude historique et critique*, Thèse, Bordeaux, 1913) qui voit dans les privilèges généraux des droits réels.

Cette possibilité est encore sous entendue dans la conception qui fait du privilège de séparation des patrimoines, un cas de gage tacite (V. plus haut, 1re partie, p. 59 et 157).

Ici encore nous réserverons pour la section suivante l'exament critique des conceptions qui admettent l'existence de droits réels ayant pour objet un patrimoine ou plus généralement une universalité de droit.

§ 3. *La théorie des démembrements de la propriété devant la doctrine moderne.* — Nous avons vu plus haut que le droit de propriété est considéré par la doctrine classique comme la somme de toutes les utilités qu'on peut retirer des choses, comme le faisceau de tous les autres droits réels possibles qui n'en sont que des démembrements.

Cette théorie qui avait déjà été critiquée par Michas (thèse précitée, p. 37, 67 et 107) principalement en ce qui concerne les droits réels de garantie a été vivement attaquée par De Vareilles-Sommières (*La notion de propriété*, « Revue Trimestrielle », 1905). D'après cet auteur, « il n'y a pas scientifiquement de droits réels démembrés »; la propriété serait « un tout indépendant des facultés ou attributs qu'elle comporte normalement », « l'expression intégrale et abstraite de l'appropriation d'une chose ». « La distinction du *jus utendi, fruendi, abutendi* représente, d'après cet auteur, « la synthèse des services qu'il est possible de tirer des choses mais n'est pas une analyse de la propriété; celle-ci consiste dans le droit en vertu duquel une personne peut en principe retirer d'une chose tous ses services, sauf exception. Une

propriété restreinte et imparfaite par suite de la création des prétendus droits réels démembrés n'en reste pas moins une propriété entière ».

On a pu comparer la notion de propriété telle que la conçoit De Vareilles-Sommières à la conception du patrimoine d'Aubry et Rau; de même que pour ceux-ci le patrimoine est une entité abstraite indépendante des éléments qui la composent, de même le droit de propriété serait indépendant des utilités matérielles de la chose, et aurait un caractère abstrait qui resterait invariablement le même, que ces utilités soient absorbées par le titulaire seul ou qu'elles soient en partie réservées à des tiers ayant sur la chose des droits réels autres que la propriété. Ceux-ci ne pourraient en aucune manière être conçus comme des parties, des fractions du droit de propriété, mais auraient une nature spécifiquement différente. La propriété serait insusceptible de division et de démembrement.

Nous aurons à voir au cours de l'examen critique qu'il nous faut maintenant entreprendre des controverses sur la notion de droit réel, si cette manière de concevoir les rapports existant entre les divers droits réels correspond bien à la réalité ou si au contraire. la théorie classique ne traduit pas plus exactement sur ce point, la véritable nature des choses.

Section III.

Examen critique des controverses sur la notion de droit réel. - Solution proposée. - Nature et caractères des droits réels de garantie.

§ 1. *Examen critique de la théorie classique.* — Nous verrons bientôt, en examinant les conceptions par lesquelles on a prétendu remplacer la théorie classique du droit réel, que les critiques que l'on peut lui adresser ne sont pas en réalité celles que lui font les auteurs personnalistes, et que notamment les auteurs classiques ont eu raison de considérer comme essentielle et fondamentale la distinction des droits réels

et des droits de créance. Leur tort a été surtout de donner à cette distinction un caractère essentiellement technique et de ne pas faire assez de place aux données économiques et sociales.

Le caractère technique de leur distinction qui fait en définitive reposer l'opposition des droits réels et des droits de créance uniquement sur les différences existant dans la force de réalisation du droit à l'égard des tiers, prêtait facilement le flanc à la critique. D'autre part, il les a amené à laisser dans l'ombre un certain nombre de points très importants, tels que celui de l'objet du droit réel et à entretenir des incertitudes qui ont pu être exploitées par leurs adversaires pour détruire de fond en comble l'édifice en apparence si rigide laborieusement construit par eux.

I. - Ainsi que nous l'avons déjà indiqué la doctrine classique a eu le tort de ne pas indiquer avec précision ce qu'elle entendait par la notion de chose caractéristique de l'objet du droit réel et de ne pas dire si d'après elle il s'agissait toujours nécessairement d'une chose matérielle. Plus exactement les auteurs classiques, influencés par la notion quelque peu confuse de « chose incorporelle » ou de « bien incorporel » telle qu'elle résultait de la tradition et des textes du Code civil, ont eu le tort, pour n'avoir pas voulu procéder à un examen approfondi de cette notion, de ne pas rester jusqu'au bout logiques avec eux-mêmes et de ne pas cantonner énergiquement la notion, de droit réel dans le domaine des choses matérielles. Cela les a amenés comme nous l'avons vu à admettre implicitement que des droits et notamment des droits de créance puissent faire l'objet de droits réels ce qui pouvait faire suspecter l'exactitude de l'opposition établie par elle entre ces deux catégories de droits. D'autre part leurs incertitudes sur ce point ne pouvaient qu'entretenir la confusion au sujet de la détermination de la nature spécifique des droits dits intellectuels.

II. - La doctrine classique a eu le tort de ne pas tenir compte du fait que le droit de créance peut être en certains cas opposable à tous comme le démontrent le droit de rétention, le droit de la femme dotale sur les valeurs dotales incluses dans les paraphernaux, le droit du preneur et d'une

manière générale tous les droits de créance chirographaire à gage spécialisé.

La théorie classique, surtout dans son dernier état, a eu le tort de lier la distinction des droits réels et des droits de créance à la conception du créancier chirographaire ayant cause à titre universel.

En réalité ainsi que nous l'avons déjà indiqué (Introduction, p. 9) le créancier même chirographaire est toujours un ayant cause à titre particulier de son débiteur, ce qui explique que son droit ne porte pas inéluctablement sur le patrimoine pris en lui-même, mais peut être en relation avec une chose déterminée et, partant, entraîner dans une certaine mesure un droit de préférence, sinon même un droit de suite, comme celui qui est reconnu par exemple en Droit maritime aux créanciers chirographaires de l'armateur sur le navire.

En réalité, les auteurs classiques (et surtout Baudry-Lacantinerie) ont eu trop de tendance à confondre le droit de créance pris en lui-même avec le gage général de l'article 2092 du Code civil qui lui sert de sanction. Nous verrons d'ailleurs que cette tendance a été exploitée dans un autre sens par les auteurs qui ont voulu ramener le droit de créance à un droit réel.

III. - Enfin, la doctrine classique n'a pas suffisamment distingué les droits réels principaux qui portent directement sur la chose et assurent son utilisation matérielle, des droits réels de garantie ou accessoires qui affectent sa valeur économique (V. sur ce point, J. Bonnecase, *Précis de Droit civil*, I, nos 594 et s. et sur l'ensemble des critiques encourues par la doctrine classique, II, no 24, p. 38).

IV. - Malgré tout, la distinction faite par la théorie classique reste exacte en elle-même; seulement les différences qu'elle signale entre les droits réels et les droits de créance et qu'elle considère comme essentielles ne sont en définitive que secondaires et susceptibles de fléchir dans certains cas parce qu'essentiellement techniques; la véritable base de la distinction doit être recherchée dans les données scientifiques tirées de la réalité expérimentale et principalement dans la nature spécifique de ces droits résultant de l'objet sur lequel ils portent.

§ 2. *Examen critique des théories qui prétendent ramener le droit de créance à un droit sur les biens ou à un « droit réel indéterminé quant à son objet* ». — Nous serons très bref sur ce point, d'autant plus qu'ainsi que nous l'avons déjà noté, c'est d'une façon tout à fait indirecte qu'on a prétendu ramener, sous le couvert d'une confusion entre le droit de créance et le gage général des créanciers sur le patrimoine du débiteur, et de la théorie objective du patrimoine conçu comme une masse de biens réunis par une communauté d'affectation, le droit de créance à un droit sur les biens sans présenter d'une façon dogmatique cette assimilation.

Nous nous contenterons donc de renvoyer sur ce point aux critiques formulées par Rigaud (thèse citée, p. 417 et s.). Tout en reconnaissant que l'obligation a « un aspect patrimonial », qu'on peut en considérer le contenu (créance ou dette) d'une façon objective », Rigaud déclare avec raison que les rapprochements que l'on peut faire sur ce point entre l'obligation et le droit réel « ne compromettent en rien la distinction qu'il convient de faire au point de vue de l'analyse de leur structure interne et au point de vue de leurs fonctions entre les droits réels et les obligations ».

Comme le dit Rigaud, protestant contre les exagérations de Gazin, il est impossible de concevoir « comment l'obligation pourrait s'exécuter à l'état normal sans l'intervention d'un sujet passif ». Dire avec Gaudemet et Gazin que c'est le patrimoine qui doit et non la personne, n'est pas résoudre la question, car « qu'est ce qui réunit en un patrimoine, en une masse, ces biens si ce n'est l'idée d'un sujet passif et comment cette dette qui grève les biens pourra-t-elle être payée sans que le sujet passif intervienne en définitive» ?

D'ailleurs comme le fait également remarquer Rigaud, si avec Gazin on rejette la théorie subjective du patrimoine d'Aubry et Rau, il est impossible d'expliquer qu'une personne qui n'a pas de biens actuels puisse être obligée, si l'obligation est un droit sur les biens.

§ 3. *Examen critique des théories personnalistes qui prétendent ramener le droit réel à une obligation passive universelle.* — La conception qui fait du droit réel une obligation passive universelle encourt deux griefs principaux.

D'une part elle confond l'obligation au sens strict et technique du terme avec le devoir juridique qui s'impose à tous de respecter les droits reconnus à autrui, qu'il s'agisse de droit patrimoniaux comme les droits réels ou de créance ou de droits non patrimoniaux comme les droits à la vie, à la liberté, à l'honneur. Il est exact que tout droit suppose sinon de la part de tous les autres hommes, tout au moins de la part de tous ceux qui sont soumis au même pouvoir social que le titulaire du droit, qui constituent avec lui une société organisée, le devoir de respecter les prérogatives qui lui sont ainsi conférées par la loi. Mais ce devoir général n'a rien de commun avec l'obligation proprement dite; il marque en quelque sorte la ligne de démarcation entre les droits de chacun, la limite de son activité licite comme l'indique à propos de la liberté, l'article 2 de la *Déclaration des Droits de l'Homme* : « La liberté est le droit de faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ».

Planiol lui-même reconnaît implicitement cette différence entre le devoir juridique et l'obligation *stricto sensu* lorsqu'il déclare que l'obligation passive universelle qui d'après lui résulterait des droits réels : « n'est pas considérée comme une charge » alors que l'existence d'un droit de créance constitue une « charge exceptionnelle pour le débiteur », « un élément de passif dans son patrimoine ».

En d'autres termes, le « rapport obligatoire » qui constitue d'après Planiol le droit réel comporte bien un côté actif, mais non un côté passif; c'est si l'on peut dire un droit de créance sans dette corrélative. Or une telle conception est la négation même de l'obligation *stricto sensu* puisque d'après Planiol lui-même (*Traité élémentaire*, II, n° 157, p. 57 et 58), celle-ci « consiste en un *rapport juridique* entre deux personnes dont l'une est le *créancier* et l'autre le *débiteur*. Le rapport entier s'appelle *obligation*; considéré spécialement du côté passif, il prend le nom de *dette*; du côté actif, le nom de *créance* ». On ne peut mieux dire que toute obligation poprement dite doit nécessairement figurer dans le patrimoine du débiteur sous forme d'un élément passif, d'une « dette » dont il est tenu et qui limite ses facultés naturelles ou légales, ce qui n'est pas le cas pour l'abstention universelle que le droit réel impose à autrui.

D'autre part, la théorie personnaliste a le tort de ne considérer que les individus, en laissant de côté le milieu physique dans lequel ils vivent. A vouloir éliminer les choses matérielles du domaine du droit, on fait des rapports juridiques des constructions artificielles, alors qu'elles doivent traduire les données de la vie, et notamment en ce qui concerne le droit du patrimoine, les données économiques.

Or à ce point de vue « Il n'y a pas que des individus dans une société donnée quelle qu'elle soit : il y a aussi des choses c'est-à-dire une maîtrise exercée sur elles par tels ou tels individus de préférence aux autres et cela sous la protection et les directives du pouvoir social... Cette appropriation des choses ne peut en rien s'expliquer d'une manière intégrale par la seule idée de l'obligation, que l'on considère l'origine même de l'appropriation ou son développement actuel. Le pouvoir social, quand il est apparu sous une forme organique, s'est la plupart du temps contenté d'assurer le maintien des situations acquises qu'il trouvait devant lui; il a si l'on préfère, transformé en droits la maîtrise exercée par les intéressés sur le milieu physique qui les entourait dans quelques uns de ses éléments... En d'autres termes, tout groupement social se trouve situé dans un milieu physique déterminé; ce milieu physique a fait l'objet, quant à ses divers éléments d'une appropriation remontant à une date indéterminée ou à une date récente, peu importe.

Ce qu'il y a de certain, c'est que les nouveaux arrivants ou les contemporains de cette appropriation se sont vus obligés de subir par voie de réflexe en quelque sorte les conséquences de cet état de fait transformé en état de droit par l'organisation sociale qui, on ne saurait trop le répéter, étend son action sur les choses comme sur les personnes. L'existence de deux institutions aussi spécifiquement différentes dans leur objet que le droit réel ou l'obligation n'est pas autre chose que la traduction fatale du double caractère objectif et subjectif du pouvoir social et de l'organisation sociale en général ». (J. Bonnecase, *Précis de Droit civil*, II, n° 29, p. 46 et 47).

On ne peut plus clairement exprimer l'objection décisive à laquelle se heurte la thèse personnaliste : la négation impli-

cite du milieu social et même du milieu physique (V. aussi l'exposé critique de Rigaud, thèse citée, p. 300 et s.).

§ 4. *Solution proposée en ce qui concerne la nature des droits réels : Le droit réel et le droit de créance ou obligation sont respectivement l'expression juridique des notions économiques de richesse et de service.* Les notions de droit réel et d'obligation sont à la fois des notions scientifiques c'est-à-dire des données de la science du droit et des notions techniques c'est-à-dire une mise en œuvre particulière des dites données.

En l'occurence ces données relèvent de la science économique et ne sont autres que les notions de richesse et de service.

« Tandis que le droit réel traduit la notion économique de richesse et n'a pas d'autre raison d'être que d'assurer par la voie de la contrainte extérieure, ce qui est le rôle du Droit, l'appropriation des richesses, la notion d'obligation fait de même pour l'exécution des services que les hommes ont décidé volontairement de se rendre ou que l'autorité sociale juge bon qu'ils se rendent dans des conditions déterminées. D'un mot, la notion d'obligation est à la notion économique de service ce que la notion de droit réel est à la notion économique de richesse » (J. Bonnecase, *Précis de droit civil*, II, n° 30, p. 47 et 48).

Ainsi que nous l'avons déjà indiqué plus haut (Introduction, pp. 19 et 20) les institutions juridiques ne sont pas des créations artificielles et arbitraires du législateur; elles doivent traduire les réalités économiques et sociales; c'est pourquoi on a pu dire que le Droit et l'Economie politique « se pénètrent d'une manière indivisible » (V. sur ce point J. Bonnecase, op. cit., p. 49 et Cauwès, *Précis du cours d'économie politique*, 2e éd., 1881, I, n° 7).

Les notions de droit réel et de droit de créance ne font que donner satisfaction en les organisant aux besoins économiques que traduisent les notions de richesse et de service. Or ces deux notions s'opposent radicalement puisque l'une envisage les choses du monde extérieur en tant qu'elles peuvent donner satisfaction aux besoins de l'homme, tandis que l'autre envisage l'activité humaine, personnelle, comme susceptible d'être utile à autrui; cette opposition entraîne

« à son tour, par la force même des choses, l'irréductibilité des notions juridiques parallèles du droit réel et du droit de créance. Par conséquent, les données économiques sur l'appropriation des richesses et l'utilisation des services justifient la doctrine juridique traditionnelle de la distinction du droit réel et de l'obligation. Considérés dans leur essence pure, le droit réel et le droit de créance sont irréductibles l'un à l'autre parce qu'ayant pour objet, le premier une chose matérielle, tout au moins en principe, et le second un acte ou une abstention » (J. Bonnecase, op. cit., n° 31, pp. 58 et 59).

Nous nous rallions pour notre part entièrement à l'opinion exprimée par M. le professeur Bonnecase sur la nature spécifique respective des droits réels et des droits de créance. En transposant du plan technique dans lequel s'étaient trop exclusivement maintenus les auteurs classiques, sur le plan scientifique, la distinction traditionnelle des droit réels et des droits de créance, elle lui donne sa justification la plus solide en même temps qu'elle permet de comprendre qu'en tant que notions techniques le droit réel et le droit de créance peuvent parfois se rapprocher, notamment lorsque le droit de créance est en relation avec un élément déterminé du patrimoine du débiteur, sans que cela n'altère en rien l'opposition fondamentale de ces deux catégories de droits.

Il nous faut maintenant préciser les conséquences de cette solution tant en ce qui concerne les traits distinctifs des diverses catégories de droits réels que le domaine d'application de cette notion, ce qui nous permettra en terminant de dresser un tableau des différences spécifiques du droit réel et du droit de créance.

§ 5. *Traits distinctifs et spécifiques des diverses catégories de droits réels. - Distinction des droits réels principaux ou du premier degré et des droits réels accessoires ou du second degré. Nature et caractères de ceux-ci.*

Nous devons tout d'abord nous demander s'il existe entre les divers droits réels des différences de nature. A ce sujet on a opposé tantôt le droit de propriété aux autres droits réels, tantôt les droits réels principaux ou du premier degré aux droits réels accessoires ou du second degré. Il nous faut

rechercher dans quelle mesure ces distinctions sont fondées et quels sont les rapports existant entre les diverses catégories de droits réels.

A. - *La propriété et les autres droits réels. Ceux-ci sont-ils des démembrements de la propriété ? - Rejet de la théorie de De Vareilles-Sommières qui voit dans la propriété un droit abstrait indépendant des avantages qu'il procure.* — On sait que la doctrine classique voit dans les droits réels tant principaux qu'accessoires autres que la propriété, des démembrements du droit de propriété conçu comme absorbant en principe toutes les utilités qu'on peut retirer d'une chose.

Nous avons signalé les critiques adressées sur ce point à la théorie classique par De Vareilles-Sommières qui soutient que le droit de propriété ne peut être conçu comme représentant la somme des utilités de la chose.

Ces critiques sont-elles fondées? Nous ne le pensons pas Du moment que les droits réels traduisent l'appropriation des choses matérielles ou richesses, ils ne peuvent coexister qu'en reflétant pratiquement la division temporaire ou perpétuelle des utilités de la chose entre plusieurs bénéficiaires; par conséquent, le droit de propriété absorbant toute la valeur économique de la chose, il est démembré si la jouissance de la chose est enlevée au propriétaire ou si son action est contrariée par l'exercice d'un autre droit réel appartenant à un tiers (V. sur ce point, J. Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, tome V), n° 103, p. 201 et s.)

Comme nous l'avons dit plus haut à propos de la possession (V. p. 269), l'utilité et la jouissance des choses sont susceptibles de fractionnement; il en sera donc de même soit de l'appropriation de fait, c'est-à-dire de la possession, soit de l'appropriation de droit, c'est-à-dire de la propriété, puisque celle-ci n'est que l'utilisation privative d'une chose par une personne, en tant qu'elle est socialement reconnue et protégée.

Cela est particulièrement exact des droits réels principaux; lorsqu'un droit d'usufruit par exemple est créé, il y a bien entre l'usufruitier et le nu propriétaire à la fois partage des utilités de la chose et des prérogatives qui, sans cette consti-

tution, eussent appartenues au seul propriétaire; l'usage et la jouissance appartiendront à l'usufruitier à titre temporaire, le plus souvent viager, tandis que la substance même de la chose restera au nu propriétaire. Il en est de même de tous les droits réels principaux démembrés.

Nous verrons plus loin que la situation est au fond la même pour les droits réels accessoires; seulemnt ici ce n'est pas la chose envisagée dans son individualité organique, dans ses utilités matérielles qui fait l'objet du démembrement, mais sa valeur pécuniaire.

C'est donc avec raison que la doctrine classique voit dans les droits réels autres que la propriété des « fractions » des « parties détachées » de celle-ci. Une telle conception peut d'autant moins être critiquée qu'elle se modèle sur la réalité économique qui nous montre deux ou plusieurs personnes profitant de la chose, exerçant chacune une maîtrise partielle de celle-ci; or, comme nous l'avons dit plus haut les notions juridiques sont en cette matière dominées par les données économiques auxquelles elles apportent sous la forme de la contrainte sociale, la sanction nécessaire.

B. - *Distinction des droits réels principaux ou du premier degré et des droits réels accessoires ou du second degré. - Nature de ceux-ci.*

I. - Nous avons vu que la distinction des droits réels principaux ou du premier degré et des droits réels accessoires ou de garantie ou du second degré n'était pas présentée d'une manière très nettement tranchée par les auteurs classiques; d'après leurs exposés, il semble que cette distinction repose uniquement sur le caractère principal ou accessoire du droit, c'est-à-dire sur le point de savoir s'il peut exister par lui même ou seulement accessoirement à un autre droit. Or non seulement le critérium est insuffisant comme nous le verrons tout à l'heure, mais encore il conduirait si on le suivait logiquement à des conséquences erronnées puisque on serait ainsi amené à ranger parmi les droits réels accessoires les servitudes réelles, celles-ci étant en définitive l'accessoire d'un droit de propriété immobilière; or, tout le monde est d'accord pour les ranger parmi les droits réels principaux bien qu'elles ne puissent exister isolément et

indépendamment d'un droit de propriété sur le fonds dominant.

II. - Nous avons vu que pour certains auteurs tels Planiol la différence des droits réels de garantie et des droits réels principaux tiendraient à ce que les premiers n'auraient pas pour objet la chose même, mais le droit de propriété lui-même, de là le nom de droits réels au second degré qu'ils leur donnent.

Nous aurons dans le paragraphe suivant à nous prononcer sur la théorie des « droits sur droits » et notamment sur la distinction de la propriété juridique et de la propriété matérielle qui tout au moins chez Planiol et Prodan lui sert de base. Nous indiquerons à ce moment pour quelles raisons nous repoussons cette théorie ce qui nous entraîne naturellement à rejeter également la nature ainsi attribuée aux droits réels de garantie.

Remarquons simplement pour l'instant que cette distinction ne peut pas plus servir de critérium pour distinguer les droits réels de garantie tels que le gage et l'hypothèque des droits réels du premier degré tels que la propriété ou l'usufruit, que le caractère principal ou accessoire du droit envisagé seul. En effet Planiol et surtout Prodan, loin de réserver cette théorie aux droits réels de garantie, admettent l'existence de droits réels juridiques principaux tels que la propriété juridique ou l'usufruit de droits qui seraient d'après Prodan des droits au deuxième degré.

III. - A la vérité le critérium de la distinction nous paraît devoir être calqué sur la réalité économique; l'observation de celle-ci nous conduit à admettre que les richesses peuvent être utiles aux hommes, non seulement par les avantages matériels qu'elles procurent à raison de leur nature organique, mais encore à raison de la valeur pécuniaire qu'elles représentent dans une société organisée.

C'est cette valeur pécuniaire envisagée en elle-même qui fait l'objet des droits réels de garantie.

Cette conception a été principalement exposée par M. le professeur Bonnecase (*Précis de Droit civil*, I, n° 594 et s., et II, 35 et s., pp. 51 et 52).

« Les droits réels principaux ou du premier degré, écrit-il, sont ceux qui portent directement sur la chose prise dans

son individualité organique et ont pour objet son utilisation matérielle. Les droits réels accessoires ou du second degré, au contraire, s'adressent à la valeur économique représentée par la chose et ont pour objet par delà l'individualité organique de cette chose, l'appropriation totale ou partielle de sa valeur économique. Il n'est pas question avec les droits réels du second degré, de l'utilisation matérielle de la chose, de là leur dénomination; par ailleurs, ils ne se suffisent pas à eux mêmes; leur but est d'assurer l'exécution d'une obligation par l'affectation spéciale de la valeur économique d'une chose au payement du créancier et de là leur seconde qualification de droits réels accessoires ».

M. Bonnecase trace ensuite le tableau des caractères spécifiques de ces deux catégories de droit en se plaçant successivement au point de vue 1° de l'objet et du but du droit, 2° de son étendue; 3° de sa durée (op. cit., II, n° 36) :

« 1° Quant à l'objet et au but : *a)* Le droit de propriété a pour objet et pour but l'appropriation des choses, l'utilité directe de la chose. Il en est de même pour les droits réels principaux démembrés de la propriété;

b) Au contraire les droits de garantie n'ont pas pour objet et but l'utilisation, l'appropriation directe de la chose : mais ils affectent sa valeur économique : ils permettent à celui qui en est investi de faire vendre un jour cette chose, de la convertir en argent et de se faire payer en argent sur cette somme. Ici le droit de garantie considère la chose dans sa valeur économique, dans son expression en argent. Notons donc bien que les droits réels accessoires ont ceci de commun qu'ils se distinguent des droits réels principaux de la même manière. Dans les droits réels principaux, ou du premier degré, le titulaire est en contact avec la matérialité même de la chose et se sert de celle-ci en conformité de cette matérialité. Il s'en approprie ce qu'elle peut contenir et cela par le moyen d'actes tant matériels que juridiques. Au contraire, avec les droits réels accessoires ou du second degré, la situation change complètement. Le titulaire du droit n'est plus en contact avec la chose prise dans sa réalité matérielle. Il a simplement un droit de regard sur la valeur économique représentée par cette chose jusqu'à l'heure où viendra la faculté de réaliser son droit. A ce moment là, le titulaire ne

pourra nullement accaparer la chose matériellement, comme le prouvent les dispositions prohibitives en matière de droits de gage et d'antichrèse par exemple; il devra se contenter de réaliser la chose, de la convertir en argent et de se faire attribuer ce qui lui revient d'après l'obligation servant de base à son droit réel accessoire. L'hypothèque par exemple est d'abord un droit accessoire puisqu'elle suppose une créance comme soutien; et elle est ensuite un droit réel du second degré, puisqu'elle ne tend qu'à l'appropriation d'une quantité déterminée de la valeur économique de la chose que voile la matérialité de celle-ci.

2° Quant à l'étendue: *a)* Le droit de propriété absorbe complètement les utilités de la chose. Le droit de propriété n'a de limite que la chose elle-même et on traduit cette idée en disant que le droit de propriété comporte le droit de retirer les fruits de la chose, de s'en servir et de disposer de la chose juridiquement ou matériellement (art. 544). *b)* Au contraire les droits réels démembrés de la propriété ont une étendue très variable. S'il s'agit d'un droit réel d'usufruit, il comprend seulement la chose considérée sous le rapport de l'usage et des fruits. S'il s'agit du droit réel d'usage ou d'habitation, c'est la chose envisagée sous l'aspect de son utilité la plus réduite. S'il s'agit d'une servitude réelle, l'étendue du droit varie suivant les servitudes. *c)* Pour les droits réels de garantie, l'étendue varie avec la constitution et la nature même de ces droits...

3° Quant à la durée, le droit de propriété est en principe indéfini. Les servitudes réelles sont elles mêmes perpétuelles. Les droits de jouissance sont à l'opposé viagers et disparaissent avec leur titulaire. Au contraire, l'hypothèque peut être considérée comme perpétuelle tant que la créance n'est pas payée ».

Ajoutons que les droits réels de garantie ou du second degré sont comme les droits réels principaux autres que la propriété des démembrements de celle-ci. Le droit de propriété ne doit pas en effet être réduit comme le voudrait Planiol à un droit de jouissance et de consommation matérielle; tout droit patrimonial étant en principe et sauf exceptions cessible, le propriétaire peut profiter des utilités matérielles de la chose, soit en les retirant lui-même, soit en les

transférant à autrui en échange d'une somme d'argent, d'un prix; lorsqu'il constitue un droit réel de garantie, il se dépouille de cette dernière faculté; il pourra bien en principe aliéner la chose, mais il ne pourra plus tirer profit de cette aliénation pour s'approprier sa valeur économique, tout au moins à concurrence du droit reconnu au créancier hypothécaire ou gagiste sur cette valeur; son droit est donc réduit et démembré; seulement ce démembrement n'atteint la chose envisagée dans son individualité organique, dans sa matérialité, qu'indirectement en tant qu'elle contient en elle la valeur qui fait l'objet du droit de garantie.

C. - *Détermination des divers droits réels et particulièrement des droits réels de garantie.* — Nous ne reproduirons pas ici l'énumération des droits réels principaux; l'établissement de leur liste ne présente plus aucune difficulté depuis que les divergences existant en doctrine au sujet des droits de superficie et d'emphytéose ont été tranchées par le législateur qui leur a reconnu le caractère de droits réels; d'autre part, tout le monde est aujourd'hui unanime à rejeter en ce qui concerne le droit du preneur ou locataire, la théorie de Troplong et à considérer ce droit comme un droit personnel ou de créance contre le bailleur.

Il n'en est pas de même en ce qui concerne les droits réels de garantie pour lesquels on range fréquemment à côté de l'hypothèque et du gage, le droit de rétention, l'antichrèse et les privilèges ou tout au moins certains de ceux-ci.

Nous pensons que la solution adoptée par nous en ce qui concerne la nature et les caractères des droits réels de garantie permet aisément de trancher les controverses qui se sont élevées à ce sujet.

D'après nous, les seuls véritables droits réels de garantie ou du second degré sont les droits d'hypothèque et de gage.

Tout le monde est d'accord pour considérer l'hypothèque comme le type même du droit réel de garantie ou du second degré. Nous verrons plus loin que le droit de gage a, malgré les différences qui le séparent de l'hypothèque, la même nature tout au moins lorsqu'il a pour objet la valeur d'une chose matérielle.

Au contraire ni le droit de rétention ni l'antichrèse ne sont des droits réels du second degré parce qu'ils ne comportent pas l'affectation directe et spéciale de la valeur économique d'une chose au profit de leur titulaire. Nous avons déjà vu que le droit de rétention n'était qu'une application de la notion de créance chirographaire à gage spécialisé ressortissant aux institutions de crédit personnel et non à la notion de sûreté réelle.

En ce qui concerne l'antichrèse nous dirons ultérierement quelques mots de sa véritable nature juridique (V. plus loin 2e partie, chap. VII, Section II).

En ce qui concerne les privilèges, nous verrons dans le chapitre suivant, au cours duquel nous aurons à examiner la notion très complexe et très difficile de privilège, qu'ils peuvent être joints à des droits réels de garantie (hypothèque ou gage) mais ne constituent pas par eux-mêmes des droits réels.

§ 6. *Domaine d'application de la notion de droit réel. - Solution proposée. - Le droit réel a toujours nécessairement pour objet une chose matérielle ou la valeur économique de celle-ci.*

Puisque la notion de droit réel traduit juridiquement l'appropriation économique des richesses, son domaine d'application se restreint nécessairement aux choses corporelles ou matérielles. Mais si cette proposition découle naturellement de la solution adoptée par nous en ce qui concerne la notion même de droit réel, elle ne s'en heurte pas moins aux conceptions qui admettent que l'objet du droit réel peut être un bien incorporel.

Il nous faut donc procéder ici à l'examen critique de ces conceptions et rechercher s'il est possible d'admettre rationnellement l'existence de droits réels ayant pour objet soit les produits de l'intelligence, soit d'autres droits, soit enfin une universalité de droit, c'est-à-dire un ensemble de droits et d'obligations.

A. - *Droits intellectuels.* — Le droit exclusif quoique temporaire reconnu aux auteurs et inventeurs de tirer profit de leurs œuvres ou inventions par la reproduction ou par l'exploitation de l'idée qu'elles contiennent et qu'elles maté-

rialisent en quelque sorte, est certainement celui pour lequel l'assimilation aux droits réels ayant pour objet des choses corporelles paraît le plus facilement soutenable. L'idée littéraire, artistique ou scientifique par cela même qu'elle s'extériorise dans une œuvre ou invention et qu'elle est susceptible d'une utilisation privative de la part de son auteur, utilisation qui peut procurer à celui-ci des profits pécuniaires en raison de l'utilité (ce mot étant pris dans un sens très large et englobant la satisfaction des besoins intellectuels ou artistiques aussi bien que matériels) qu'elle présente pour les autres hommes, semble présenter les caractères d'une richesse, entendue au sens de chose utile aux hommes et susceptible d'appropriation.

Cependant si l'idée n'est susceptible d'exploitation économique, d'utilisation privative, comme l'ont montré MM. Josserand et Bonnecase, et comme nous l'avons rappelé plus haut (V. 1re partie, p. 109) qu'en tant qu'elle est concrétisée dans un symbole extérieur, elle conserve, même après cette matérialisation qui seule la rend susceptible de droits patrimoniaux, sa nature propre qui ne permet pas de l'assimiler aux choses matérielles du monde extérieur et qui imprime aux droits dont elle est l'objet une physionomie spéciale.

Nous nous rallierons donc sur ce point à la conception émise par M. le professeur Bonnecase (*Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, V, p. 852, n° 388) qui fait des droits dits intellectuels, des droits que l'on peut dans un but de classification qualifier de droit réels « incorporels » et qui diffèrent des droits réels proprement dits, en ce qu'ils ont pour objet et pour but, non l'appropriation d'une richesse, mais l'exploitation exclusive d'une idée présentant, soit une valeur littéraire ou artistique, soit une valeur utilitaire au sens strict résultant des applications industrielles ou commerciales dont elle est susceptible, et qui se concrétise dans un symbole extérieur dont la forme et la nature varient avec la nature et les caractères de l'idée à exploiter.

B. - *Les droits réels ou personnels, peuvent-ils faire l'objet d'autres droits et notamment de droit réels? - Examen critique de la conception des « droits sur droits ».*

I. - La conception qui admet qu'un droit qu'il soit réel ou personnel puisse faire l'objet d'un droit réel repose sur cette idée que le droit envisagé indépendamment de son objet constitue par lui-même un bien de nature incorporelle. Cette idée née d'une réaction contre la confusion faite par le droit romain entre le droit de propriété et son objet a déjà été critiquée par nous (V. plus haut, Ire partie, p. 110). Elle est à notre sens aussi fausse que celle qui considère comme des biens, les choses indépendamment des droits dont elles sont susceptibles ou seulement en tant qu'objet du droit de propriété . En réalité la notion de bien suppose une relation intime entre le droit et son objet; les choses matérielles, les richesses sont des biens en tant qu'elles sont l'objet de droits réels; de même les services, les produits de l'intelligence sont des biens en tant qu'ils font l'objet des droits de créance ou des droits intellectuels; c'est en ce sens seulement qu'on peut entendre rationnellement la distinction des biens en biens corporels et incorporels. Inversement les droits réels ne sont des biens qu'en tant qu'ils ont pour objet certaines choses matérielles, les droits de créance qu'en tant qu'ils mettent à la disposition du créancier les services du débiteur, une partie de son activité. Les droits envisagés indépendamment de leurs objets sont de purs rapports intellectuels, n'ayant aucune valeur économique propre.

Les droits réels, aussi bien le droit de propriété que les droits réels démembrés, ont bien lorsqu'ils sont envisagés en eux-mêmes un caractère incorporel parce qu'ils se détachent alors de leur objet; mais ils ne peuvent être considérés comme des « biens incorporels » parce que la notion de bien suppose nécessairement la prise en considération de l'objet du droit; envisagés en tant que biens, unis à leur objet, tous les droits réels sans distinction constituent des biens corporels parce qu'ils ont pour objet des choses matérielles et les utilités de celles-ci.

II. - La théorie des « droits sur droits » est encore inadmissible pour une autre raison; le droit réel consiste dans le droit de retirer les avantages que comporte la chose qui en fait

l'objet; si cette chose peut être un autre droit, comme tout droit procure à son titulaire certains avantages, ce seront ces avantages qui feront l'objet du droit supérieur, et on aboutit alors à la confusion du droit supérieur et du droit inférieur.

En réalité lorsqu'on parle d'un droit réel établi sur un autre droit, on vise l'attribution à un autre que le titulaire de ce droit de tout ou partie des utilités qu'il comporte; en cas d'usufruit établi sur un autre usufruit par exemple, ce qui est conféré au second usufruitier c'est l'usage et la jouissance de la chose soumise à l'usufruit pendant un certain temps; en cas de gage ou d'usufruit sur une créance, le créancier qui a normalement le droit à la fois d'obtenir une ou plusieurs prestations du débiteur, et de céder ce droit à autrui moyennant un prix qui représente la valeur de cette prestation, transfère alors à son propre créancier, soit le droit d'obtenir certaines prestations telles que les intérêts de la créance, soit le droit de s'approprier la valeur de la créance ou plus exactement de la prestation qui en fait l'objet en réalisant cette valeur par une aliénation qui lui permettra d'en toucher le prix. Il y a en réalité soit aliénation temporaire soit démembrement d'un droit et non pas création d'un droit sur un autre.

III. - En rejetant la conception des « droits sur droits » nous rejetons du même coup la distinction faite par Planiol et Prodan entre la propriété matérielle et la propriété juridique, puisque cette dernière dont les droits réels de garantie seraient des démembrements est conçue par ces auteurs comme un droit réel ayant pour objet le droit de propriété considéré comme conférant uniquement à son titulaire le droit d'accomplir des actes matériels d'usage, de jouissance ou de consommation sur la chose.

En réalité les actes juridiques accomplis par un propriétaire sur la chose qui lui appartient traduisent au même titre que les actes matériels, l'appropriation économique des utilités matérielles de la chose envisagée dans son individualité organique; dans tous les cas cette appropriation a pour effet un usage de la chose par le propriétaire; seulement cet usage est tantôt direct tantôt indirect; dans ce dernier cas les utilités matérielles de la chose sont envisagées comme un moyen d'échange permettant au propriétaire d'obtenir à la

place de ces utilités qui ne donnent pas satisfaction à ces besoins actuels, d'autres biens, matériels ou non, qui procureront aux dits besoins une satisfaction adéquate et ce, soit par l'intermédiaire d'une somme d'argent représentant la valeur de la chose soit par l'intermédiaire d'un service rendu par autrui et qui pourra consister soit dans le transfert d'un droit réel soit dans le payement d'une somme d'argent soit dans un acte ou une abstention donnant par eux mêmes satisfaction à ces besoins.

Par l'aliénation par exemple, le propriétaire cède il est vrai son droit; mais il cède en même temps la chose en tant qu'objet du droit. De même en cas de vente de l'usufruit, l'usufruitier cède en même temps que son droit, la partie de la chose qui en fait l'objet c'est-à-dire la jouissance et les fruits. Cela n'a rien de particulier aux droits réels et est vrai de tous les droits patrimoniaux, de tous ceux ayant pour objet un bien corporel ou non, ayant une valeur éconmique, qu'il s'agisse d'une chose matérielle, d'un service ou d'une œuvre intellectuelle. Par exemple, en cas de cession de créance, le cédant cède au cessionnaire en même temps que son droit, la prestation qui en fait l'objet, cette prestation devant désormais profiter au cessionnaire.

Remarquons d'ailleurs que les conceptions de Planiol et de Prodan aboutissent à une contradiction en ce qui concerne par exemple l'usufruit des droits; pour Prodan le droit d'usufruit constitué sur un autre usufruit est un droit réel juridique ou au second degré; il ne devrait donc conférer à son titulaire que le pouvoir d'accomplir des actes juridiques; or il est évident qu'il lui confère le pouvoir d'accomplir des actes matériels d'usage et de jouissance; voilà donc un droit réel juridique qui aurait le même contenu que ce qu'on appelle les droits réels matériels !

De tout ce qui précède il résulte qu'il est impossible de distinguer en ce qui concerne les droits réels principaux le droit à l'usage, à la jouissance ou à la consommation matérielle de la chose du droit d'accomplir sur cette chose des actes d'administration ou de disposition.

En ce qui concerne les droits réels de garantie, ils ont, il est vrai, pour objet non la chose elle-même mais sa valeur pécuniaire; mais précisément parce que les droits réels prin-

cipaux comportent par eux-mêmes et sauf exception, à la fois le droit de se servir directement de la chose et d'utiliser celle-ci comme un moyen d'échange, ceux-ci apparaissent comme un simple démembrement des premiers et non des droits ayant ceux-ci pour objet.

La théorie des « droits sur droits » nous apparaît en définitive comme une construction purement intellectuelle sans rapport avec la réalité économique que le droit du patrimoine a pour objet de traduire en lui donnant la sécurité et la stabilité qu'assurent à leurs titulaires les situations juridiques sanctionnées par le pouvoir social. Elle conduit, comme le montrent les développements de Prodan, à des complications auprès desquelles « l'imbroglio » reproché par Marcadé (V. plus haut, p. 371) aux rédacteurs du Code civil apparaît presque un modèle de clarté.

IV. - Si la théorie des « droits sur droits » doit être rejetée d'une manière générale comme irrationnelle et inutilement compliquée, elle est encore plus critiquable lorsqu'elle prétend faire d'un droit personnel ou de créance l'objet d'un droit réel.

Ainsi que nous l'avons indiqué plus haut, les deux notions de droit réel et de droit de créance s'opposent radicalement comme traduisant des réalités économiques différentes, l'une réalisant l'appropriation des richesses, l'autre l'utilisation des services.

Il est absolument impossible de considérer ces deux notions comme pouvant avoir entre elles le rapport étroit qui unit un droit à son objet. Un service et le droit de créance qui l'affecte juridiquement à une personne donnée ne peuvent en aucun cas être considérés comme des richesses, s'ils sont parfois des moyens d'acquérir une richesse. Il y a là deux notions antinomiques qui ne peuvent s'interpénétrer surtout de la façon dont l'entend la théorie des « droits sur droits ». Nous aurons ultérieurement à tirer la conséquence de ce fait pour déterminer la nature juridique véritable du gage de créances.

C. - *Les universalités de droit peuvent-elles faire l'objet de droits réels ? - Critique de la théorie des « droits réels généraux ».* — En rejetant la conception des « droits sur droits » nous

nous trouvons en même temps avoir rejeté la théorie qui admet des «droits réels généraux» ayant pour objet une universalité de droit et notamment un patrimoine.

Puisque les droits pris isolément ne peuvent faire l'objet de droits réels, il en sera de même d'une universalité de droit qui se ramène en définitive à un ensemble de droits et d'obligations. L'universalité de droit peut comprendre des richesses en tant qu'objets de droits réels, mais elle ne constitue pas par elle-même une richesse, c'est à dire une chose matérielle susceptible d'appropriation.

Le titulaire d'un patrimoine n'a pas sur celui-ci un droit de propriété; il peut avoir des droits de propriété ou d'autres droits réels sur certaines choses, des droits de créance à l'égard de certains débiteurs qui sont tenus envers lui de prestations déterminées, des droits sur les œuvres intellectuelles dont il est l'auteur etc... comme il peut avoir des dettes envers ses créanciers; mais le seul effet du lien commun existant entre ces divers éléments et qui résulte de l'identité de leur titulaire réside dans la fongibilité de ces éléments, dans le fait que ceux-ci forment un tout ayant une valeur pécuniaire et au sein duquel les éléments actifs sont liés entre eux par la nécessité, inhérente à la notion même, de répondre du passif correspondant.

Aussi bien les auteurs qui admettent l'existence de « droits réels généraux » sont-ils obligés de reconnaître qu'il y a plutôt entre ces prétendus droits et les droits réels proprement dit une analogie qu'une véritable assimilation et qu'ils ne présentent pas en général les caractères ordinairement reconnus aux droits réels.

Nous pouvons donc conclure cette discussion en affirmant que la notion de droit réel doit être énergiquement cantonnée dans le domaine des choses matérielles qui seules constituent des richesses lorsqu'elles sont utiles à l'homme et susceptibles d'appropriation.

§ 7. *L'opposition du droit réel et du droit de créance dans la forme donnée par la doctrine moderne à la théorie classique ou traditionnelle. - Traits distinctifs de ces deux notions.* — La différence de nature existant entre le droit réel et le droit de créance qui tient à la substance même de ces deux notions

et aux données économiques dont elles sont la traduction, entraînent entre eux un certain nombre de différences spécifiques dont nous reproduisons ci-dessous le tableau récapitulatif d'après l'exposé de M. le professeur Bonnecase (*Précis de droit civil*, II, nos 38 et s., pp. 53 et s.) :

« *Première différence spécifique quant à l'objet.* — Le droit réel est l'appropriation d'une richesse. Il ne peut porter que sur une chose corporelle, toute richesse étant matérielle; autrement dit, il ne porte que sur des corps certains et individualisés. On ne s'approprie qu'un bien individuellement désigné ou qu'on est à même d'individualiser... Passons au droit de créance. Son objet est une prestation déterminée. Mais qu'est ce qu'une prestation?... C'est un terme générique visant à la fois les actions et les abstentions. En effet ce n'est pas seulement en exerçant une activité économique qu'une personne est utile à une autre, mais en s'abstenant d'une activité nuisible au créancier tout en étant légitime en elle-même. Le commerçant qui vend son fonds de commerce s'engage expressément ou tacitement à ne pas ouvrir une nouvelle maison à côté de celle qu'il cède. C'est la prestation négative. Elle exige une abstention. Quant à la prestation positive, elle est de deux sortes : exiger du débiteur la transmission d'une richesse, la constitution d'un droit réel ou accomplir un acte qui par lui-même donne satisfaction au créancier pour le but qu'il poursuit.

Mais en réalité, dans les deux cas, c'est la notion de service que traduit juridiquement l'acte stipulé du débiteur. Le service peut être une cause immédiate de richesse ce qui a lieu pour le transfert du droit réel. L'obligation n'a pas pour objet le droit réel, mais l'acte qui doit le transférer. Seulement ce qui fait illusion, c'est que le Code civil déclare que l'obligation a pour objet la chose elle-même... ».

« *Deuxième différence quant aux deux termes du rapport de droit.* — L'obligation met nécessairement en présence deux personnes, puisqu'elle met l'activité économique ou purement sociale de l'une au service de l'autre, soit sous une forme positive, soit sous une forme négative. Le créancier a beau tendre en réalité à l'acquisition d'une richesse; il faut passer par l'intermédiaire du débiteur; il y a deux personnes en présence.

Tout autre est le droit réel : le titulaire du droit réel est mis en contact avec la chose sous la garantie du pouvoir social, il peut retirer de celle-ci sans intermédiaire l'utilité qu'elle comporte, dans la mesure du droit réel créé ».

« *Troisième différence quant à la force de réalisation inégale des deux droits.* — La question du droit de suite et du droit de préférence. Considérons tout d'abord le droit réel. On parle couramment des attributs du droit réel : le droit de suite et le droit de préférence, alors que le droit de créance ne les possède pas. Nous avons déjà noté (Bonnecase, *Précis*, I, n° 592) que la formule était défectueuse : Le droit de suite et le droit de préférence ne constituent pas deux droits distincts *se greffant sur le droit réel. Le droit réel se présente suivant les circonstances comme un droit de suite ou comme un droit de préférence.* D'après Aubry et Rau en effet, le droit de suite se ramène à la prérogative pour le titulaire d'un droit réel d'en poursuivre l'exercice sur la chose même qui lui est soumise et contre tout possesseur ou détenteur de la chose. Le droit de préférence se ramène au contraire à ce fait que lorsque plusieurs personnes ont à des époques différentes acquis sur une même chose soit les mêmes droits réels, soit des droits réels différents et que ces personnes sont en conflit, le droit légalement présumé acquis antérieurement l'emportera sur le droit acquis plus tard.

« Rien ne montre mieux que ces définitions, poursuit M. le professeur Bonnecase, la volonté de généraliser et d'attribuer au droit réel deux attributs distincts. Mais on ne peut en réalité parler de droit de préférence et de droit de suite que pour les droits démembrés de la propriété, mais non pour le droit complet, la propriété. Les droits de suite et de préférence évoquent en effet nécessairement l'existence d'actes juridiques venant gêner l'exercice du droit réel et signifient qu'aucun acte juridique ne peut s'y opposer. Or quelle est la situation pour le droit de propriété? Le propriétaire englobe toutes les utilités de la chose. Celle-ci est soumise à son contrôle direct et nul autre que lui ne peut juridiquement en disposer. Il n'y a donc pas à parler de droit de suite puisque juridiquement la chose ne peut passer en d'autres mains. Aussi Aubry et Rau parlent de possession et de détention des choses contre lesquelles le droit de suite

peut s'exercer. Mais le possesseur et le détenteur n'ont qu'un pouvoir de fait et le fait ne peut prévaloir contre le droit, le fait sera vite brisé. Personne ne peut disposer de la chose. Personne ne peut avoir de droit équivalent à celui du propriétaire, si son droit est bien établi. Avec les servitudes, le droit de préférence et le droit de suite apparaissent au contraire, mais faiblement. Les servitudes personnelles : usufruit, usage, habitation, aboutissent à permettre au titulaire d'accaparer les utilités que comporte la chose. De même pour les servitudes réelles au profit d'un fonds : si une servitude est constituée, la chose est démembrée. Le propriétaire ne peut en aliéner que ce qui reste, c'est-à-dire la nue propriété en matière d'usufruit, par exemple.

On ne peut parler de droit de préférence par conséquent, puisque lorsque l'usufruit est valablement constitué le propriétaire n'avait pas la possibilité de constituer un autre usufruit; le nouvel usufruit n'est qu'un état de fait; il n'y a pas lieu à droit de préférence. De même pour le droit de suite, l'acte de vente du propriétaire n'a pas fait passer l'usufruit à une autre personne parce qu'il ne pouvait pas en disposer. L'usufruitier n'a pas à se préoccuper si la chose passe en d'autres mains. Parler de droit de suite et de préférence, c'est parler avec image de cette situation : la propriété a beau changer de mains, l'exercice des droits réels n'en souffre pas; elle n'a pu passer à une autre personne que sous réserve de ses démembrements ».

D'après M. Bonnecase, « La situation est au contraire différente pour les droits réels de garantie, qui ne permettent pas au titulaire d'absorber directement les utilités inhérentes à la chose... Les privilèges, les hypothèques ne portent pas sur la chose considérée en elle-même, mais sur le prix, sur la valeur en argent. Le propriétaire d'une chose hypothéquée reste maître de toutes ses utilités et les transmet par l'aliénation. S'il consent une seconde hypothèque, il frappe la chose au même titre que la première fois. On a converti artificiellement en droits réels les droits de garantie en leur donnant un droit de suite et un droit de préférence. Il s'agit vraiment d'un droit de suite si la chose est saisie entre les mains d'un tiers. Il s'agit vraiment aussi d'un droit de pré-

férence à l'égard des autres créanciers quand l'un d'eux se prévaut d'une première hypothèque ».

« Considérons maintenant, ajoute l'auteur, le droit de créance. Nombreux sont les cas où le créancier n'aura pas, en fait, le moyen de contraindre le débiteur à la prestation première. Le Code lui donne alors un équivalent. Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur. Le créancier d'une prestation positive ou négative se trouve dans la même situation que le créancier d'une somme d'argent. On a donc défini le droit de créance par opposition au droit réel en disant qu'il n'emportait ni droit de suite ni droit de préférence. *Mais employer dans ce cas les expressions de droit de suite et de droit de préférence est sans signification.* Il en est autrement pour les droits réels de garantie puisqu'ils portent sur une somme d'argent représentée par la chose qui leur est affectée. Le droit de créance à l'opposé se ramène en définitive à un droit sur une somme d'argent *mais non représentée par une chose au moment de la naissance du droit.* Le droit de créance a pour garantie d'exécution le patrimoine du débiteur et on ne peut à aucun moment parler ici de droit de suite ni de droit de préférence ».

De l'exposé qui précède, il résulte que les différences que l'on peut relever dans la structure technique des droits réels et des droits de créance ne sont au fond que la conséquence de l'opposition de ces deux notions sur le terrain scientifique résultant des données économiques qu'elles ont respectivement pour but de traduire.

Remarquons simplement que si le droit de suite et le droit de préférence apparaissent plus nettement à propos des droits réels de garantie qu'en ce qui concerne les droits réels principaux, on peut dire que même là, ils sont plutôt des aspects de la notion de droit réel que des droits distincts venant se greffer sur le droit réel.

En effet, si nous considérons le droit de suite du créancier hypothécaire par exemple, nous voyons qu'il signifie que la valeur de l'immeuble restera affectée au payement de sa créance, bien que cet immeuble soit passé aux mains d'un tiers, soit en droit par l'effet d'une aliénation de la part du propriétaire constituant, soit en fait par un déplacement

de la possession ou de la détention de cet immeuble et qu'il pourra exercer son droit de le faire vendre et de se payer sur le prix contre le nouveau propriétaire, possesseur ou détenteur comme il aurait pu le faire à l'égard du constituant. Or cela résulte simplement du fait que par la création de l'hypothèque, le droit de propriété s'est trouvé démembré et ne porte plus désormais que sur la chose envisagée dans son individualité organique et non sur sa valeur économique ou d'échange qui est accaparée, appropriée par le créancier hypothécaire. Dès lors on comprend que le propriétaire n'a pu transférer à autrui que ce qui lui reste de la propriété c'est-à-dire les utilités matérielles de la chose; tout le monde, y compris le propriétaire constituant et l'acquéreur, étant tenu de respecter l'affectation de la valeur de l'immeuble au paiement de la créance garantie, personne ne pourra accaparer cette valeur au détriment du créancier hypothécaire; le propriétaire s'il peut aliéner ne peut donc pas toucher le prix de l'aliénation et l'acquéreur ne peut valablement le lui verser; le créancier hypothécaire qui poursuivra l'exécution de l'immeuble, aura donc une action réelle indépendante de la personne du propriétaire ou du possesseur; la situation est au fond la même que pour les droits réels principaux démembrés de la propriété et l'action du créancier hypothécaire ne différera de celle de l'usufruitier par exemple lorsque celui-ci exerce son droit à l'encontre d'un acquéreur de la nue propriété, que par ce qu'elle aura pour objet non l'usage et la jouissance de l'immeuble mais sa valeur en argent.

De même ce qu'on appelle le droit de préférence se ramène à un droit de priorité du créancier hypothécaire premier en rang vis-à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs. Mais ce droit résulte simplement de ce que la valeur de l'immeuble étant accaparée, appropriée par le premier créancier à concurrence d'une certaine somme, n'a pu à concurrence de cette somme faire l'objet de la part du propriétaire d'une constitution valable d'hypothèque pour la bonne raison que cette valeur a cessé dans cette mesure de lui appartenir et qu'il ne possède plus aucun droit sur elle. Le droit des autres créanciers ne pourra donc porter que sur la partie de la valeur de l'immeuble qui est restée au

propriétaire et c'est seulement celle-ci qui fait l'objet de la constitution de l'hypothèque au profit du créancier second en rang.

Par conséquent même en matière de droits réels de garantie : le droit de suite et le droit de préférence ne font que traduire cette situation : La valeur de la chose étant en partie appropriée par le titulaire du droit réel de garantie, la propriété de la chose envisagée dans son individualité organique a beau changer de mains, l'exercice du droit réel n'en souffre pas; de même la valeur de la chose ne peut plus faire l'objet d'une nouvelle appropriation que dans la mesure où elle est encore libre dans le patrimoine du débiteur; dans tous les cas, la chose qu'on l'envisage en elle-même ou dans sa valeur économique ne peut passer à une autre personne que sous réserve du démembrement opéré par la constitution du droit réel de garantie.

Au fond ce qui est « artificiel » pour reprendre l'expression de M. le professeur Bonnecase, c'est moins l'adjonction au droit de garantie d'un droit de suite et de préférence considérés comme des droits distincts, que la création même au droit réel de garantie par la distinction de la valeur économique de la chose et de son individualité organique. Mais cet « artifice » se justifie amplement par les nécessités économiques auxquelles il répond, puisqu'il donne satisfaction aux besoins économiques qui se traduisent par la notion de crédit objectif c'est-à-dire de crédit fait moins à l'activité économique du débiteur qu'aux éléments de richesse contenus dans son patrimoine à un moment donné (V. plus haut, Introd., p. 7 et 8).

Il nous faut maintenant examiner comment la notion de droit réel de garantie telle qu'elle résulte des développements précédents s'applique au cas particulier du gage.

Section IV.

Le droit de gage et les controverses sur la notion de droit réel.

Tout le monde admet que le créancier gagiste a un droit réel sur le bien donné en gage, et que c'est en vertu de ce droit réel qu'il peut faire vendre ce bien et obtenir son payement sur le prix par préférence aux autres créanciers. Sans doute, comme nous l'avons déjà indiqué plus haut (V. Ire partie, p. 51) le Code ne l'a dit nulle part expressément, mais on peut dire que Doctrine et Jurisprudence sont unanimes sur ce point.

On aurait tort cependant d'en conclure que les controverses qui se sont élevées sur la notion de droit réel et les définitions différentes qu'en ont donné les auteurs n'aient pas eu de répercussion en notre matière.

La définition du droit de gage comme droit réel de garantie soulevait en effet deux difficultés principales :

1° d'une part ce qu'on appelle ordinairement le droit de suite considéré comme un attribut nécessaire du droit réel, c'est-à-dire la possibilité pour le titulaire du droit d'en poursuivre l'exercice contre tout possesseur ou détenteur de la chose, est forcément restreint en matière de droit de gage, celui-ci étant ainsi que nous le savons lié à la possession du gage et se perdant en cas de dépossession, sauf le cas de perte ou de vol.

2° d'autre part, l'existence du gage de créances et d'une façon générale du gage des meubles incorporels supposait si le droit de gage était un droit réel, que celui-ci pouvait avoir pour objet un autre droit et notamment un droit de créance.

Ces deux difficultés n'ont pas empêché les auteurs quelle que soit la conception qu'ils aient adoptée au sujet de la notion même de droit réel, d'admettre la « réalité » du droit de gage, mais la conception qu'ils se sont faites de ce droit a varié avec la définition qu'ils donnaient soit du droit réel en général soit particulièrement du droit réel de garantie.

Nous examinerons successivement à ce sujet le gage de meubles corporels et celui ayant pour objet des meubles incorporels.

§ 1. *Le gage de meubles corporels.* — I. - Nous avons vu plus haut que la doctrine classique considère le droit de gage comme un droit réel imparfait à raison de l'absence du droit de suite (Aubry et Rau, II, § 172, p. 73; Baudry-Lacantinerie *Précis*, I, n° 1324; Baudry-Lacantinerie, et Chauveau, VI, n^{os} 188 et s.).

Cependant si le gagiste n'a pas en principe de droit de suite par application de la règle « Meubles n'ont pas de suite par hypothèque » (art. 2119 C. civ., V. sur le sens et l'origine historique de cette règle : Roche-Agusol, *Etude sur la conservation des droits mobiliers*, Thèse, Montpellier, 1901, p. 68 et s. (1). on lui permet toutefois comme nous l'avons indiqué dans notre première partie de revendiquer le meuble qui fait l'objet de gage, en cas de perte ou de vol, et dans tous les cas contre un possesseur de mauvaise foi.

Certains auteurs rapprochent cette revendication du droit de suite reconnu au bailleur nanti d'un gage tacite par l'article 2102, 1° (V. Pont, *Petits contrats*, II, n° 1137). Baudry-Lacantinerie et De Loynes (*Du nantissement, de privilèges et hypothèques*, I, p. 58, n° 84) tout en admettant cette revendication ne voient pas là un droit de suite dont serait muni le droit de gage et établissent à ce sujet une distinction entre le créancier gagiste ordinaire et le bailleur. « Si le gage est passé entre les mains d'un tiers et s'il s'agit d'un meuble corporel, écrivent ces auteurs, le créancier ne perdra son privilège que si le dessaisissement s'est produit par sa volonté. Si la cessation de sa possession s'était produite sans ou contre sa volonté nous n'hésiterons pas à lui accorder le droit de revendiquer son gage entre les mains de tout tiers détenteur. On dit souvent pour justifier cette solution : L'article 2102, 1° accorde ce droit au locateur d'immeuble dont le privilège a pour fondement une constitution tacite de gage : à plus forte raison, doit-il appartenir à celui qui possédait réellement la chose en vertu d'une constitution expresse. Cette argumentation n'est pas absolument exacte ».

(1). V. aussi, Emmanuel Jourdan, Evolution et formes du crédit réel mobilier, Thèse Montpellier, 1934, p. 43 et s.

« Le locateur a véritablement un droit de suite et peut l'exercer contre tout détenteur. *Le créancier gagiste n'a pas de droit de suite.* Il a une *action réelle* analogue à l'action en revendication. En conséquence elle est régie non par des dispositions spéciales mais par les règles du droit commun ».

Laurent (XXVIII, n° 485, p. 477) fait la même distinction.

Quoi qu'il en soit, de cette distinction que nous apprécierons plus loin, il est évident que même si l'on considère l'action dont s'agit comme l'exercice d'un droit de suite, le droit de suite est ici singulièrement restreint. On comprend dès lors que la doctrine classique qui, ainsi que nous l'avons indiqué plus haut, s'attache surtout aux caractères techniques pour établir la distinction des droits réels et personnels, ait considéré le droit de gage comme un droit réel imparfait ou incomplet ne comportant pas tous les attributs du droit réel.

II. - Planiol, conformément à la conception émise par lui sur la nature juridique des droits réels de garantie (V. plus haut, p. 388) fait du droit de gage un droit réel établi non sur la chose même, mais sur le droit de propriété du constituant (*Traité élémentaire*, II, n° 2429, p. 799) : « Le gage, dit-il est un droit qui consiste à pouvoir détenir la chose d'autrui..., son étendue est déterminée par le but de son institution. On veut *garantir le créancier* et lui permettre de *disposer de la chose pour en appliquer le prix à l'extinction de la créance. La vente* du gage est donc le but final de l'institution : la *possession* du gage par le créancier n'est qu'un moyen de lui assurer la possibilité de vendre à l'échéance. Tel est l'idée qu'il faut se faire de tout *droit réel de garantie*; ce n'est pas un démembrement de la propriété, donné pour la jouissance des choses, comme les droits d'usufruit, d'usage ou de servitude; c'est un droit réel *du second degré*, si l'on peut ainsi parler, qui est établi sur la propriété lui-même plutôt que sur la chose et qui autorise le créancier à aliéner pour son profit particulier la chose de son débiteur ».

Prodan (thèse citée, p. 165 et s.) fait également du droit de gage un « droit réel juridique » ou « droit superposé » ou « au deuxième degré » dans lequel la chose (V. le sens de ce mot dans la terminologie de Prodan, supra, p. 380) serait constituée par un droit qui pourrait être soit un « droit réel

matériel » (gage de meubles corporels) soit un droit d'auteur soit un droit de créance.

III. - Michas dans sa thèse précitée (*Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle*) a été amené au cours de l'examen critique qu'il fait de la théorie classique, à examiner la nature des droits réels de garantie et particulièrement du droit de gage. La conception qu'il expose à ce sujet diffère quelque peu de celle de Planiol et évoque curieusement celle soutenue par Marcadé en ce qui concerne l'hypothèque considérée par cet auteur comme un droit de créance contre un immeuble et que nous avons rappelée plus haut (V. supra, p. 366).

« L'inexactitude, écrit Michas (thèse citée, p. 66) de l'idée de rapport immédiat entre une personne et une chose pour caractériser le droit réel apparaît avec une netteté saisissante dans le gage. Le créancier gagiste, tout le monde est d'accord là-dessus, a un droit réel mais sur quoi ? Est-ce le meuble mis en la possession du gagiste qui forme le second terme du rapport constitutif du droit réel ? Alors, comment se fait-il que le pouvoir du créancier gagiste sur la chose engagée se réduise à celui de la détenir jusqu'au remboursement de la créance ou jusqu'à la réalisation du gage ? Singulier droit qui se borne à octroyer à une personne un pouvoir que la nature lui a déjà donné. Dira-t-on que le droit *consacre* ce pouvoir physique de détention au profit du gagiste ? Mais s'il le consacre, il ne se confond donc pas avec lui, et dès lors où se trouve le droit réel que nous reconnaissons au gagiste ? ».

« La seconde chose à laquelle on peut penser pour en faire l'objet du droit réel du gagiste, c'est le *prix de la chose détenue*. Mais ici la notion du pouvoir direct sur ce prix se heurte aux faits : en fait, jusqu'à la réalisation du gage ou son attribution au gagiste (ce qui en théorie revient au même), jusqu'à ce moment, le créancier détenteur n'a aucun pouvoir sur le prix de la chose détenue, puisque ce prix n'existe pas, et, lorsque le prix existe *le droit que le gagiste acquiert sur lui, c'est la propriété*. Dans tous ces cas, le pouvoir actuel du créancier sur le prix considéré comme existant dès à présent n'apparaît jamais que comme indirect, car c'est *par l'intermédiaire de la chose engagée* que le prix est obtenu.

Cette chose joue en définitive le *même rôle que le débiteur d'une créance ordinaire de somme d'argent*; or les partisans de la théorie du droit réel pouvoir immédiat opposent à celui-ci justement le pouvoir indirect du créancier d'une somme d'argent sur cette somme, indirect parce que le créancier ne peut acquérir un pouvoir immédiat que par l'intermédiaire du débiteur ».

Dans ses développements ultérieurs consacrés à la détermination de la nature des droits réels accessoires de gage et d'hypothèque, ce dernier n'étant d'après lui qu'« un gage différé » (thèse citée, p. 107), Michas semble se rapprocher de la conception de Planiol en ce qu'il admet (p. 237 et s.) que ces droits grèvent « un bien juridique provenant d'un droit réel indépendant relatif à un objet corporel mobilier ou immobilier ». Mais d'après lui ni ce droit réel ni la chose matérielle à laquelle il est relatif ne constituent l'objet du droit de gage ou d'hypothèque. L'objet de ces droits consiste d'après lui comme d'après Prodan, « dans l'abstention imposée à toute personne autre que le créancier de tout acte affectant directement la somme d'argent destinée à remplacer dans le patrimoine du titulaire du droit réel grevé de la sûreté le bien résultant de ce droit réel sorti de ce patrimoine pour une aliénation volontaire ou forcée ».

« L'objet concret (ce que Prodan semble désigner par le terme : chose) qui joue le rôle de substratum de l'objet juridique de la sûreté réelle, c'est donc une *certaine somme d'argent* égale au montant de la créance du gagiste ou du créancier hypothécaire ». « Quant au meuble ou à l'immeuble corporel à propos duquel existe le droit réel grevé de la sûreté (propriété, usufruit, etc...)... il a pour rôle unique d'individualiser le droit du gagiste ou du créancier hypothécaire, il spécialise le droit de gage général du créancier qui est accordé à celui-ci par l'article 2092 du Code civil. Jusqu'au payement, le meuble ou l'immeuble grevé, grâce à la dépossession du débiteur ou par sa nature même, retient en quelque sorte la somme d'argent due au créancier et que le débiteur se dispose à consommer...». Michas résume ainsi sa conception (thèse citée, p. 252) : « Le gage comme l'hypothèque constitue au fond au profit du créancier la libre propriété

anticipée de la somme d'argent que produira l'aliénation onéreuse du droit réel grevé ...»

Ainsi la conception de Michas diffère de celle de Planiol et de Prodan en ce que pour ceux-ci l'objet du droit réel de gage ou d'hypothèque (tout au moins son objet concret pour employer les termes de Michas) est un droit réel principal appartenant au constituant (le plus souvent la propriété); pour Michas cet objet consiste dans la somme d'argent devant résulter de l'aliénation du dit droit réel. Tandis que Planiol et Prodan ramènent en définitive le droit de gage sur meubles corporels au gage de meubles incorporels en en faisant un droit sur un droit, Michas le ramène à un droit sur une somme d'argent qu'il compare tantôt à un droit de créance tantôt à un transfert anticipé de propriété d'une chose future analogue par exemple au droit résultant de la vente de récoltes sur pied; ou encore comme nous le verrons au droit de l'antichrésiste sur les fruits de l'immeuble qui lui a été remis à titre de sûreté.

On le voit, le terme de droit réel appliqué au droit de gage sur les meubles corporels recouvre en réalité des conceptions très diverses suivant les auteurs qui l'emploient. Il nous faut maintenant examiner comment on a appliqué la notion de droit réel au gage de meubles incorporels et particulièrement de créances.

§ 2. *Le gage de meubles incorporels.* — Il ne semble pas que les auteurs classiques se soient préoccupés de l'anomalie que constituait dans leur théorie le gage de meubles incorporels et spécialement le gage de créances. Suivant en cela les textes du Code civil ils énumèrent tout naturellement parmi les choses pouvant faire l'objet d'un droit de gage « les choses incorporelles, comme une créance, un droit au bail » (Baudry-Lacantinerie, *Précis*, *II*, n° 1606, p. 739) sans se préoccuper d'expliquer comment malgré l'opposition si nettement tranchée qu'ils établissent entre le droit réel et le droit de créance, un droit personnel pourrait faire l'objet d'un droit réel. Le gage des biens incorporels ne leur paraît présenter de difficultés qu'au point de vue du transfert de la possession mais non au point de vue de la notion même de droit réel.

Cependant il semble bien que cette anomalie ait préoccupé certains auteurs de monographies et particulièrement de thèses de doctorat et qu'ils aient tenté de donner du gage de créances une autre explication que celle qui consiste à faire du droit de créance, l'objet du droit réel de gage; ils ont été ainsi amenés à voir dans cette institution une cession éventuelle, une aliénation conditionnelle de la créance. A vrai dire, cette notion n'a guère été mise en avant qu'au point de vue historique pour expliquer la nature du *pignus nominis* en Droit romain. mais elle s'applique par identité de raisons au gage de créances en Droit français.

C'est ainsi que P.-E. Avril (*Principes et caractères juridiques de la constitution du gage sur les meubles incorporels, Etude de Droit français*, Thèse, Paris, 1898, p.1 et s.) écrit : « Dans le contrat de gage l'analyse juridique retrouve l'équivalent d'une cession restreinte, de l'aliénation fiduciaire transformée... Au point de vue du gage constitué sur les meubles incorporels, une indication est fournie par la terminologie en usage. L'expression « transfert de garantie » désigne l'impignoration. Elle est traditionnelle et l'évidente analogie entre les articles 1690 et 2075 du Code civil la justifie ».

Delvas (*Du pignus nominis*, Thèse de Droit romain, Paris, 1892, p. 7 et s.) est plus précis et bien que son argumentation se cantonne sur le terrain historique, elle serait facilement applicable à la théorie du gage de créances en Droit français. Se demandant si le *pignus nominis* peut être considéré comme une extension de la notion d'hypothèque définie comme « un droit réel sur une chose affectée à la garantie d'une dette»; il écrit « On a voulu faire admettre que le *pignus nominis* réunissait les caractères généraux d'une hypothèque de la créance; mais à notre avis on n'y a pas réussi. Sans doute le créancier a un droit de préférence mais *il n'a pas de droit réel, attendu qu'une créance, droit personnel ne peut être l'objet d'un droit réel* ». Critiquant la théorie qui fait du *pignus nominis* un droit réel d'hypothèque il déclare « cette argumentation va à l'encontre de tous les principes et bouleverse toute la théorie du droit de créance ».

Aussi conclut-il qu'« il s'agit d'une sûreté constituée d'après un procédé original » et qu'« *il est impossible d'y*

voir autre chose qu'une cession éventuelle de la créance, une aliénation subordonnée à la condition suspensive : si la dette n'est pas payée à l'échéance ».

Quoi qu'il en soit, l'idée d'expliquer le gage de créances par une cession éventuelle ou conditionnelle de la créance ne semble pas avoir eu la faveur de la majorité de la doctrine qui, ainsi que nous l'avons dit, ne semble pas avoir eu même le soupçon que la différence de nature du bien affecté à la garantie du créancier puisse imposer en cette matière une construction technique différente de celle du gage de meubles corporels.

De même elle a admis sans hésitation que les droits de propriété industrielle, littéraire ou artistique considérés comme des biens incorporels pouvaient faire l'objet d'un droit réel de gage.

II. - Bien entendu, la difficulté qui se posait devant la doctrine classique et qu'elle ne semble même pas avoir aperçue, en ce qui concerne la nature du gage de meubles incorporels, n'existe pas pour Planiol et pour Prodan . Pour eux le droit réel de gage qui a pour objet le droit réel de propriété dans le gage de meubles corporels a pour objet en ce qui concerne les meubles incorporels, soit le droit personnel ou de créance soit le droit de l'auteur ou de l'inventeur, c'est-à-dire le droit intellectuel (V. Prodan, thèse citée, p. 165 et s.). Il leur est d'autant plus facile d'admettre cette solution que ces auteurs, ainsi que nous le savons, considèrent au fond les droits réels et les droits de créance comme étant de même nature.

III. - Les explications qui précèdent permettent de comprendre qu'après avoir exposé dans sa thèse sur le gage des créances (*De la mise en gage des créances en droit français*, Thèse, Paris, 1929, p. 31 et s.) les différentes conceptions émises par la Doctrine au sujet tant de la notion même du droit réel de gage que de la nature du gage de créances, Mlle Suzanne Rogier ait pu conclure (thèse citée, p. 48); « Quelle que soit la théorie adoptée il semble que l'on puisse affirmer nettement que *le droit de gage portant sur une créance ou un autre droit quelconque est bien un véritable Droit réel* ».

Cependant cette affirmation n'est peut être pas aussi incontestable que le déclare cet auteur; en effet seule la

théorie des « droits sur droits » est logique avec elle-même en admettant la possibilité d'un droit réel ayant pour objet un autre droit et particulièrement un droit de créance. Si l'on repousse cette théorie comme nous l'avons fait, la difficulté subsiste et le fait que les auteurs classiques ne l'ont pas aperçue, ne doit pas nous empêcher de nous demander si la conception ordinaire du gage de créances et d'une façon générale du gage de biens incorporels peut réellement se concilier avec une notion rationnelle du droit réel en général.

C'est ce que nous aurons à rechercher au cours de la section suivante dans laquelle nous nous efforcerons de préciser la véritable nature juridique du droit de gage aussi bien en matière de gage de meubles corporels qu'en matière de biens incorporels.

Section V.

Solution proposée sur la nature et les caractères du droit de gage.

A. - C'est seulement à propos du gage de meubles corporels que l'on peut parler de droit réel parce que là seulement nous nous trouvons en présence de l'affectation d'une *richesse* au payement de la créance. Le droit réel de gage défini comme un droit réel du second degré ayant pour objet la valeur économique d'une chose corporelle de nature mobilière. Ses caractères et ses effets. B. - Le gage de meubles incorporels nous met en présence de l'affectation directe et spéciale au profit d'un créancier de la valeur économique d'un *service* ou d'une *œuvre intellectuelle*; par cela même les droits qui en résultent ne peuvent pas être considérés comme des droits réels. Nature spéciale et caractères de ces droits. En quoi ils se rapprochent et en quoi ils diffèrent du droit réel de gage.

De ce que la notion de droit réel traduit l'appropriation économique des richesses ou de leur valeur pécuniaire, il résulte que si le droit de gage est un droit réel, il ne peut avoir

pour objet qu'un meuble corporel puisque seules les choses corporelles sont susceptibles de constituer des richesses. Est-ce à dire que l'on doive forcément, ou bien rayer de notre Droit les dispositions qui concernent le gage des créances et des droits intellectuels, ou bien refuser au droit de gage la qualification de droit réel? Nous ne le pensons pas; sans doute nous nous trouverions placé devant cette alternative si nous admettions *a priori* une identité de nature entre les droits conférés au créancier gagiste dans le gage de meubles corporels et dans le gage de bien incorporels. Or c'est précisément là la question qui est posée et qui se trouve déjà en partie résolue par nos développements antérieurs. De ceux-ci il résulte avec évidence que la nature de ces droits ne peut pas être la même; de même que nous avons conclu à l'opposition irréductible du droit réel et du droit de créance à raison de la nature différente de leur objet et des réalités économiques qu'ils traduisent, de même nous devons admettre une différence de même nature entre le gage de meubles corporels et le gage de biens incorporels. Seulement cette différence laisse ici place à des similitudes qui permettent de rapprocher ces deux institutions, ou plutôt d'admettre au dessus des traits spécifiques qui les séparent une notion commune dont elles traduisent des aspects différents.

C'est ce qu'il nous reste à démontrer en envisageant séparément la nature du droit de gage dans le gage de meubles corporels et dans le gage de biens incorporels.

§ 1. *Nature du droit de gage dans le gage de choses. - Le droit réel de gage : droit réel du second degré ayant pour objet par delà l'individualité organique d'une chose corporelle mobilière, la valeur économique de celle-ci et traduisant l'appropriation de cette valeur au profit du créancier gagiste et son affectation directe et spéciale au payement de la créance garantie.*

Pour déterminer si le droit de gage ayant pour objet un meuble corporel est ou non un droit réel, nous ferons abstraction de la tradition historique issue du Droit romain envisagé dans son dernier état, où le gagiste qui n'avait d'abord pour protéger son droit que des actions possessoires, avait fini par être muni d'une action réelle pétitoire analogue à l'action hypothécaire, et de notre ancien Droit qui reconnaissait

effectivement au gagiste « un droit dans la chose » (Pothier, *Du nantissement*, IX, n° 4, p. 207; n° 21, p. 219; *De l'hypothèque*, XX, n° 176) mais qui avait tellement multiplié les droits réels que les indications qu'il nous donne sur la nature personnelle ou réelle des droits patrimoniaux ne peuvent être admises qu'avec de fortes réserves en ce qui concerne le Droit actuel.

Nous ne nous baserons pas non plus comme le fait la doctrine classique sur les caractères techniques reconnus au droit de gage pour déterminer la nature juridique de celui-ci; au contraire c'est celle-ci telle qu'elle résulte des données économiques et du but social poursuivi par le législateur en organisant l'institution du gage, qui explique la construction technique du droit.

En définitive c'est encore ici à la réalité économique que le droit a pour but de traduire qu'il faut faire appel pour déterminer la nature du droit de gage.

Or il est évident que nous nous trouvons à ce point de vue en présence dans le gage de meubles corporels, de l'appropriation éventuelle par une personne (le créancier) de la valeur pécuniaire d'une richesse mobilière en vue d'assurer l'exécution par une autre personne (le débiteur) du service auquel elle est tenue envers la première ou à défaut de cette exécution de procurer à celle-ci l'équivalent en valeur du dit service. En d'autres termes, il y a là une application de la notion de droit réel de garantie ou du second degré telle qu'elle a été définie plus haut, (V. supra, p. 402 et s.).

Nous savons que les droits réels de garantie ont pour objet par delà l'individualité organique de la chose, l'appropriation totale ou partielle de la valeur économique de celle-ci en sorte que leur titulaire a le droit exclusif de s'attribuer à concurrence de sa créance la valeur en argent provenant de la vente de la chose; et de poursuivre lui même cette vente pour parvenir à cette attribution. C'est bien là la situation dans laquelle se trouve le créancier gagiste auquel un meuble corporel a été donné en gage, puisque la valeur de ce meuble est affectée d'une manière directe et spéciale au payement de sa créance et qu'aux termes de l'article 2073 du Code civil, le gage lui confère le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet par... préférence aux autres créanciers ».

Cette appropriation de la valeur économique de la chose devra être respectée par tous : par le débiteur d'abord qui tout en conservant la possibilité d'aliéner la chose, ne pourra pas en toucher valablement le prix au détriment du gagiste; par les tiers ensuite, tant par ceux qui auraient acquis la chose du débiteur postérieurement à la constitution de gage et qui ne pourront valablement se libérer du prix d'acquisition de la chose entre les mains du débiteur ni prendre possession de la chose tant que le gagiste n'aura pas été désintéressé, que par les autres créanciers du débiteur qui ne pourront réclamer le payement de leurs créances sur le prix de la chose qu'en respectant l'affectation de valeur opérée par le gage au profit du gagiste, ce que l'on exprime en disant que celui-ci a un droit de préférence à leur égard.

Cette appropriation se traduira pratiquement pour le créancier gagiste par le droit de poursuivre lui-même à l'échéance la vente de la chose dans les formes légales, en vue d'extraire en quelque sorte de celle-ci la valeur économique qu'elle représente et d'opérer alors sur le prix ainsi obtenu le prélèvement de la partie de cette valeur qui lui est affectée, qui lui appartient dès la constitution de gage, sans pouvoir à ce moment là prétendre s'approprier la chose elle-même considérée dans son individualité organique et dans ses utilités matérielles.

A tous ces points de vue, le droit de gage nous apparaît absolument identique par sa nature au droit d'hypothèque ; il est comme lui un droit réel du second degré visant la valeur de la chose par delà la chose elle-même, au travers d'elle si l'on peut ainsi parler.

II. - Seulement la chose dont la valeur est ainsi affectée au créancier est dans le cas du gage, un meuble c'est-à-dire une chose en principe difficilement individualisable, susceptible de déplacement et de détournement et pour laquelle il est en général impossible d'avertir les tiers des droits réels qui les grèvent par un système de publicité analogue à celui qui a été organisé pour la création des hypothèques ou la transmission des droits réels principaux immobiliers.

C'est pourquoi il a fallu tant dans l'intérêt du gagiste pour éviter qu'il puisse être victime d'un détournement commis par le débiteur que dans l'intérêt des tiers pour les

avertir dans la mesure du possible de l'existence du droit de gage, exiger que le droit du créancier sur la valeur de la chose fut accompagné d'une main-mise exercée par lui sur la chose même envisagée dans son individualité organique, main-mise qui est restreinte au double but pour laquelle elle a été conférée au gagiste : protéger le droit du gagiste sur la valeur, avertir les tiers de l'existence de ce droit. Nous avons vu que dans la plupart des cas, ce résultat ne pouvait être obtenu qu'en conférant au gagiste non seulement la possession partielle du meuble considéré, mais encore sa détention partielle pour le compte du débiteur constituant, à moins que cette détention ne soit exercée en même temps que la possession du gagiste par un tiers convenu (nous lui conserverons ce terme par lequel le Code le désigne, bien que dans certains cas il soit inexact comme nous l'avons démontré plus haut), ou encore que dans certains cas exceptionnels on ait trouvé le moyen de séparer la possession à titre de gage de la détention de la chose tout en obtenant cependant par d'autres procédés le double résultat cherché : garantie du créancier et publicité.

Ce caractère particulier de l'objet dont la valeur est affectée à la garantie du créancier explique les caractères spécifiques du droit de gage par lequel il se différencie de l'hypothèque. Il explique que le Droit français à la différence du Droit romain limite le domaine d'application de la notion de gage aux meubles et qu'il lie l'existence du droit à la mise en possession du gagiste dans la mesure que nous avons précisée antérieurement (V. plus haut, p. 252 et s. p. 319 et s.).

C'est encore lui qui nous permettra de préciser dans quelle mesure le droit de suite considéré comme un attribut nécessaire du droit réel appartient au créancier gagiste et de rechercher s'il est exact de voir dans le droit de gage un droit réel imparfait ou incomplet.

III. - Ainsi que nous l'avons indiqué antérieurement le droit de suite tel qu'on le comprend ordinairement, a une double signification, particulièrement en ce qui concerne les droits réels du second degré :

D'une part il signifie que le titulaire du droit réel, de l'hypothèque par exemple, conservera son droit sur la valeur de la chose, bien que la chose elle-même envisagée dans son

individualité organique soit passée juridiquement en d'autres mains, qu'elle ait fait valablement l'objet d'un transfert de propriété, ce qui s'explique ainsi que nous le savons par le fait que ce transfert n'a pu porter que sur une propriété démembrée ne comportant plus que l'appropriation de la chose envisagée dans son individualité, dans sa matérialité et n'a pu affecter la valeur économique de celle-ci d'ores et déjà affectée au titulaire du droit réel, appropriée par celui-ci.

D'autre part, il signifie que la chose pourra passer en d'autres mains non plus juridiquement mais en fait, par suite d'un transfert de la possession ou de la détention sans que ce déplacement matériel ait une influence quelconque sur la faculté reconnue au titulaire du droit réel d'en poursuivre l'exercice sur la chose même, en tant, pour ce qui est des droits réels du second degré, que celle-ci renferme en elle-même la valeur économique qui fait l'objet de ces droits. Ce phénomène s'explique comme en matière de droits réels principaux par ce principe que les situations juridiques comportent en elles une force qui leur permet de ne pas tenir compte des situations de fait, de les renverser et de les briser et d'obtenir de l'autorité sociale mise en mouvement par l'action en justice intentée par le titulaire du droit, qu'elle mette en concordance le fait et le droit en imposant au possesseur ou au détenteur le respect de l'appropriation de droit qui est réalisée par le droit réel, appropriation de la richesse elle-même pour les droits réels principaux, de sa valeur pour les droits réels accessoires ou du second degré.

Quelle est à ces deux points de vue la situation du gagiste?

1° En cas de *déplacement juridique de la chose*, si nous osons ainsi parler, c'est-à-dire de transfert de la propriété, *le créancier gagiste a un droit de suite aussi complet que celui du créancier hypothécaire.*

De même que celui-ci, il pourra exercer son droit contre le tiers acquéreur de la chose en exigeant de lui qu'il se libère entre ses mains de son prix d'acquisition et même au cas où il estimerait que ce prix ne représente pas la véritable valeur de la chose et ne suffit pas à le désintéresser, il a le droit tout au moins en cas de vente amiable opérée par le constituant (V. plus haut, p. 348) de ne pas tenir compte de

cette vente et de poursuivre l'exercice de son droit et de faire procéder lui-même à une vente judiciaire dans les formes légales.

Au contraire s'il s'agit d'une vente forcée poursuivie par les créanciers du débiteur, il n'a d'autre droit que celui de se faire payer sur le prix ainsi obtenu, sans pouvoir prétendre conserver la possession de la chose qui ne lui est conférée que pour lui permettre d'atteindre la valeur de celle-ci (V. plus haut, nos explications à propos du droit de rétention, p. 348).

2° Au contraire la situation change en cas de *déplacement matériel* de la chose; si la possession de celle-ci passe aux mains d'un tiers le créancier gagiste ne pourra plus faire vendre cette chose, exercer son droit sur la valeur; il ne pourra pas non plus en principe réclamer la possession de cette chose, la reprendre pour exercer ses droits, C'est ce que l'on veut dire généralement lorsque l'on dit que le gagiste n'a pas le droit de suite.

Pourquoi ici la possession, simple situation de fait fera-t-elle échec au droit? Pour une raison très simple et nullement spéciale au droit de gage, mais qui s'applique à tous les droits réels mobiliers : l'application de la règle « En fait de meubles, possession vaut titre » et de l'article 2279 du Code civil qui font que devant une possession de bonne foi d'un meuble corporel. tous les droits réels antérieurs appartenant à des tiers et qui grevaient ce meuble, disparaissent. Dans l'intérêt général du commerce juridique et pour empêcher que les transactions sur les meubles fussent entravées par l'existence de droits réels que rien n'eut pu révéler aux tiers acquéreurs, la loi a ici, se fondant sur le plus grand nombre de cas où le fait est conforme au droit et où le possesseur d'un meuble en a acquis régulièrement la propriété, identifié le fait et le droit et n'a pas voulu que l'on puisse remettre en question, par des discussions qui eussent le plus souvent été fort difficiles à trancher, les situations acquises.

Le créancier se trouvera donc à ce point de vue dans la même situation que le titulaire d'un droit réel principal mobilier, du propriétaire d'un meuble par exemple qui en eut été dépossédé par une cause autre que la perte ou le vol, par exemple par le

fait d'un abus de confiance dont se serait rendu coupable une personne à laquelle il aurait confié la chose.

Si donc de ce fait on considère le droit de gage comme un droit réel imparfait, il faudra en dire autant de la propriété mobilière.

Nous avons vu que l'on reconnaît au gagiste une action réelle contre le possesseur dans tous les cas où la règle : En fait de meubles, possession vaut titre » et l'article 2279 du Code civil ne font pas obstacle à l'action en revendication du propriétaire dépossédé, ce qui indique bien que les restrictions apportées à l'exercice du droit réel de gage ont bien la même origine et le même fondement que celles mises à l'exercice du droit de propriété. C'est ainsi que cette action réelle analogue à la revendication pourra donc être exercée 1° contre un possesseur de bonne foi en cas de perte ou de vol, pendant trois ans, (article 2279, du Code civ., al. 2); 2° même en dehors de ce cas, contre un possesseur de mauvaise foi; c'est-à-dire qui aurait connu l'existence du droit de gage au moment où il a pris possession du meuble, l'article 2279 ne protégeant que les possesseurs de bonne foi; 3° contre un simple détenteur, l'article 2279 ne protégeant que les possesseurs proprement dits, ce qui explique qu'au cas où la loi s'attache pour déterminer la possession, non à la détention matérielle de la chose, mais à une autre circonstance, par exemple à la détention ou à l'endossement d'un titre représentatif de la chose (le connaissement dans le crédit documentaire par exemple) les détenteurs matériels de la chose ne puissent pas opposer au gagiste qui est resté possesseur, l'article 2279.

Remarquons que cette action réelle ne tend pas comme l'action réelle du créancier hypothécaire à permettre au gagiste de poursuivre la vente de la chose entre les mains des tiers possesseurs ou détenteurs pour lui permettre de prélever sur le prix le montant de sa créance; mais qu'elle a pour but et pour objet, de lui faire recouvrer la possession et la détention de la chose qu'il avait perdues, ce qui lui permettra le moment venu de réaliser son droit sur le prix.

En effet, la dépossession peut être survenue à un moment où le gagiste n'avait pas encore le droit de poursuivre la vente, par exemple parce que sa créance n'est pas encore

échue. Or le droit réel de gage, s'il a pour objet essentiel la valeur de la chose, atteint également cette chose même envisagée dans son individualité organique, dans la mesure où celle-ci sert en quelque sorte de support à la valeur économique qu'elle représente, où une main-mise matérielle sur elle est nécessaire pour que le gagiste puisse être assuré de réaliser à l'échéance l'appropriation de valeur à laquelle il a droit, et cela à raison des caractères particuliers des meubles corporels, objet du droit réel de gage, pour lesquels l'affectation de la valeur de la chose ne se conçoit pas sous peine d'inefficacité, sans un pouvoir direct sur la chose même.

Il fallait donc donner au gagiste le droit d'exiger cette détention matérielle et de la conserver jusqu'au payement de sa créance ou jusqu'à la vente (*jus possidendi*) ainsi que celui de la recouvrer par une action réelle dans les cas où celle-ci ne serait pas entravée par l'application de l'article 2279.

Nous avons déjà remarqué au cours de notre première partie (V. p. 65) que le droit de suite reconnu au bailleur d'immeubles par l'article 2102, 1° du Code civil et qui s'exerce par la saisie revendication tend au contraire à la vente des meubles grevés du privilège du bailleur et s'exerce par conséquent plus sur la valeur de ces meubles que sur ces meubles eux mêmes; par là il se rapproche de l'action du créancier hypothécaire contre les tiers détenteurs s'exerçant par la voie de la saisie immobilière et c'est à ce point de vue que l'on peut comprendre la distinction faite par Baudry-Lacantinerie et Laurent (V. plus haut, p. 421) entre son droit et celui du gagiste.

IV. - En définitive le droit réel de gage nous apparaît comme un droit réel du second degré ou accessoire, analogue à l'hypothèque, mais ayant pour objet la valeur d'une chose mobilière, ce qui à raison des caractères particuliers des meubles corporels et des règles spéciales qui les régissent entraîne pour lui des conditions particulières d'exercice.

Il est inexact en l'espèce de parler de droit réel imparfait; le droit réel de gage n'est que l'application de la notion de droit réel du second degré aux richesses mobilières dans la mesure où celles-ci sont susceptibles dans notre Droit d'une appropriation juridique.

Les restrictions qu'il comporte sont un effet de l'article 2279 du Code civil et il est inutile en l'espèce de faire appel à l'article 2119 du Code civil et à la règle « Meubles n'ont pas de suite par hypothèque » qui signifie simplement que le droit d'hypothèque ne peut avoir en principe des meubles pour objet.

§ 2. *Nature juridique du droit de gage dans le gage des biens incorporels.* — Si le droit de gage nous apparaît dans le gage des meubles corporels comme un droit réel du second degré, il ne peut en être de même dans le gage des biens incorporels considérés comme meubles par le Code civil, c'est-à-dire dans ce que l'on appelle le gage des créances et des droits intellectuels. Nous ne nous trouvons pas ici en présence de l'affectation directe et spéciale au profit du créancier de la valeur économique d'une *richesse*; car les droits de créance et les droits intellectuels ne constituent pas par eux-mêmes des richesses et n'ont pas pour objet des richesses mais des *services* ou des *œuvres intellectuelles*, c'est-à-dire des idées ayant une valeur soit esthétique ou littéraire, soit industrielle ou commerciale et susceptibles d'exploitation parce que concrétisées dans un symbole extérieur.

La valeur qui dans le gage des meubles incorporels, fait l'objet d'une affectation directe et spéciale au profit du gagiste ne peut être celle du droit pris en lui-même, puisque comme nous l'avons déjà indiqué, les droits n'ont de valeur économique que par l'objet sur lequel ils portent et auquel ils donnent le caractère de « bien »; c'est donc dire que c'est en réalité la valeur économique du *service*, de la prestation due par le débiteur de la créance donnée en gage ou de l'*œuvre intellectuelle*, de l'idée sous sa forme concrète susceptible d'exploitation et de reproduction, qui sera l'objet de cette affectation et, partant, du droit du gagiste.

En effet nous avons indiqué plus haut (V. 1re partie, p. 111) que les biens incorporels au sens où nous l'entendons (services, produits intellectuels) ne sont pas seulement susceptibles d'une utilisation directe conforme à leur nature intrinsèque et se traduisant sur le terrain juridique par l'existence des droits dont ils font l'objet (droits de créance, droits intellectuels), mais encore qu'ayant une valeur économique,

ils peuvent être envisagés comme des moyens d'échange susceptibles d'une évaluation pécuniaire; en conséquence leur valeur pourra être affectée d'une manière spéciale au payement d'une créance déterminée.

Les droits qui résulteront de cette affectation et qui ont pour objet non point le service, l'œuvre intellectuelle pris en eux-mêmes dans leur individualité organique, mais par delà celle-ci leur valeur pécuniaire, peuvent être qualifiés de droits de créance ou de droits intellectuels du second degré, puisqu'en définitive il y a entre ces droits et les droits de créance ou intellectuels le même rapport qu'entre les droits réels principaux et les droits réels du second degré.

Ces droits peuvent être évidemment rapprochés des droits réels du second degré en ce que, comme eux, ils ont en définitive, pour but et pour objet l'appropriation d'une valeur pécuniaire; mais il doivent en être distingués parce que l'on ne peut jamais faire abstraction de la nature même du bien dont la valeur est ainsi affectée à la sûreté d'une créance. Nous avons vu en effet qu'en ce qui concerne le gage de meubles corporels, le droit réel de gage, s'il avait bien en fin de compte pour objet la valeur de la chose, devait cependant comporter un certain pouvoir sur la chose elle-même envisagée dans son individualité organique parce que, jusqu'à la vente, celle-ci est inséparable de la valeur affectée à la créance garantie.

De même en ce qui concerne le gage des meubles incorporels, la nature interne du bien considéré réagit sur la manière dont la valeur de ce bien peut être affectée d'une constitution de gage et sur les effets de cette affectation. C'est ainsi que ce que nous avons dit du droit de suite et de l'application de l'article 2279 ne s'applique qu'au gage de meubles corporels et non au gage de biens incorporels.

De même si l'on peut parler de possession dans le gage de créances et d'une façon générale dans le gage de biens incorporels, cette possession a par la force même des choses une nature et des caractères différents de la possession des choses corporelles.

A la vérité, ce qui a contribué à dissimuler aux yeux des auteurs la différence entre le gage des meubles corporels et le gage des créances, c'est l'existence des valeurs mobilières,

c'est-à-dire des créances représentées par des titres négociables et notamment des titres au porteur. Dans ce cas en effet la qualité de créancier étant fonction de la détention du titre, la mise en gage de ces créances obéit sur plusieurs points aux règles qui régissent le gage de meubles corporels.

En réalité le titre remplit ici la même fonction que le titre représentant une chose mobilière corporelle comme les warrants ou le connaissement par exemple; seulement ce que le titre représente ici, c'est un service, une prestation du débiteur, c'est-à-dire pratiquement le payement d'une somme d'argent; les actes accomplis sur le titre seront ceux que l'on peut accomplir concernant une chose corporelle et ils auront pour effet de produire des conséquences en ce qui concerne le droit de créance et la prestation qui en fait l'objet, mais ces conséquences ne pourront être que celles dont est susceptible l'objet d'un droit de créance; le transfert de propriété du titre par exemple entraînera non un transfert de propriété de la créance, ou de la prestation ce qui n'aurait pas de sens, mais la cession du droit de créance à l'acquéreur du titre qui deviendra en même temps que propriétaire du titre, créancier de la prestation qu'il représente; de même la possession du titre entraînera la possession de la créance ou si l'on veut de la prestation, mais ce sera la possession dont ce bien est susceptible et qui diffère ainsi que nous le savons de la possession des choses corporelles.

En résumé, ce que l'on appelle ordinairement le gage des créances ou des droits intellectuels nous paraît avoir pour effet d'engendrer, non un droit réel ayant pour objet le droit de créance ou le droit intellectuel, mais un droit ayant pour objet la valeur pécuniaire de l'objet du droit de créance ou du droit intellectuel; les droits de créance du second degré ou le droit intellectuel du second degré est pour nous non « un droit sur un droit »; mais un *démembrement* du droit de créance ou du droit intellectuel au même titre que l'hypothèque et le droit réel de gage sur meubles corporels sont des démembrements du droit de propriété. En effet, de même que la propriété comporte normalement, en même temps que le droit de se servir de la chose et d'en retirer les utilités matérielles qu'elle comporte, le droit de l'utiliser

comme moyen d'échange en la cédant à autrui; de même, tous les droits patrimoniaux étant cessibles, le créancier a en même temps que le droit d'exiger lui-même du débiteur la prestation due, le droit de céder sa créance c'est-à-dire en réalité comme nous l'avons déjà dit, à la fois la prestation du débiteur et le droit dont elle fait l'objet (V. plus haut, p. 411); de même, l'auteur ou l'inventeur a le droit non seulement d'exploiter son œuvre ou son invention mais encore d'en faire argent en cédant cette exploitation à autrui; dès lors, en transférant à son propre créancier le droit de faire vendre la créance ou l'œuvre intellectuelle pour se faire payer sur le prix, le titulaire du droit de créance ou du droit intellectuel démembre son droit, en ne conservant sur le service ou l'œuvre qui fait l'objet du gage, qu'un droit qui n'envisage plus ce bien que dans son individualité, et non en tant qu'il représente une certaine valeur pécuniaire.

La nature du droit de créance ou du droit intellectuel du second degré résultant du gage telle que nous venons de la définir explique les caractères particuliers de chacun de ces droits; nous nous contenterons de rappeler brièvement ces caractères, en renvoyant pour les questions de détail aux développements que nous avons consacrés dans notre première partie au gage des meubles incorporels.

A. - *Le droit de créance du second degré dans le gage des créances.* — C'est un droit non sur la créance mais sur la prestation qui en fait l'objet, ou plutôt sur sa valeur, et qui suppose un certain pouvoir du gagiste sur la prestation elle-même en vue d'empêcher son détournement si nous pouvons ainsi parler, c'est-à-dire l'exécution entre les mains du débiteur constituant. Il est donc inexact de dire que le gage de créances ne crée aucun rapport entre le débiteur de la dette engagée et le gagiste; celui-ci peut en vertu d'un droit propre exercer tous les droits attachés à la créance dont l'exercice est nécessaire pour sauvegarder l'individualité et la valeur de la créance engagée : c'est ainsi qu'il peut toucher les intérêts (art. 2081 C. civ.), accomplir des actes conservatoires, produire à la faillite du débiteur, intenter une action en responsabilité contre les dirigeants de la société débitrice en cas de gage d'actions.

L'objet du gage étant en définitive la prestation à fournir par le débiteur et non le droit de créance, il faut et il suffit que cette prestation existe à l'état distinct de l'activité générale du débiteur pour que le gage soit valable, ce qui explique la solution admise par la Jurisprudence en matière de nantissement d'obligations non souscrites : la Société émettrice par la remise de ces obligations aux mains du banquier à qui elle les donne en gage, lui confère vis-à-vis d'elle un « droit propre », qui s'analyse dans le droit pour celui-ci de donner à la prestation, à laquelle la Société s'engage conditionnellement par le titre ainsi créé (remboursement du montant de l'obligation et payement des intérêts), un titulaire, en échange d'un prix qui représente la valeur de cette créance et d'exercer à ce moment sur cette prestation un droit de créance démembré ou du second degré.

Les effets du gage de créances découle du fait qu'il réalise au profit du gagiste une affectation directe et spéciale de la valeur de la prestation à laquelle est tenu le débiteur de la créance donnée en gage. En conséquence 1° Le constituant ne pourra plus s'approprier cette valeur en cédant sa créance, ou tout au moins, en touchant le prix de cette cession, ni anéantir cette valeur en recevant de son propre débiteur l'exécution de cette prestation. 2° Les autres créanciers du débiteur ne pourront plus saisir-arrêter la créance ou tout au moins leurs saisies-arrêts seront sans effet à concurrence du montant de la créance du gagiste, la valeur de la créance étant à concurrence de cette somme accaparée par celui-ci, ce qui revient à donner au gagiste un droit de préférence sur cet élément du patrimoine de son débiteur, à l'égard des autres créanciers; 3° Le gagiste aura à l'échéance le droit de réaliser la valeur qui lui est affectée en aliénant la créance dans les formes légales et de se faire payer sur le prix. 4° Jusqu'à l'échéance, le gagiste aura un droit de regard sur la prestation prise en elle-même comme il a été indiqué ci-dessus afin d'empêcher toute altération de la garantie qui lui a été conférée.

Enfin dans le gage de créances comme dans le gage de meubles corporels et pour des raisons identiques ou analogues, on a dû enlever au débiteur la libre disposition de la créance et exiger que le créancier ait sur la créance ou plutôt sur la prestation qui fait l'objet du droit de créance, un pouvoir

de fait analogue à la possession et à la détention qui lui sont conférés dans le gage de meubles incorporels et qui se traduit pratiquement par la possession par lui du titre qui représente la créance, mais qui peut s'accompagner d'autres circonstances (V. plus haut, p. 327 et 328).

B. - *Le droit intellectuel du second degré dans le gage d'œuvres intellectuelles.* Le bien donné en gage est en ce cas l'idée en tant qu'elle se concrétise dans un symbole et en tant qu'elle est susceptible d'exploitation, de reproduction ou d'imitation ou plus exactement la valeur pécuniaire que représente l'exploitation de cette idée sous la forme qui lui a été donnée par son auteur. Ce droit comporte 1° le droit de réaliser la valeur de l'œuvre intellectuelle, de la découverte industrielle ou du procédé commercial en faisant vendre le droit de la reproduire ou de l'exploiter et de se payer sur le prix. 2° le droit pour le gagiste d'exercer un droit de regard, une certaine main-mise sur l'exploitation de l'œuvre ou invention (qui se traduit par exemple pour les brevets d'invention, par le droit d'intenter l'action en contrefaçon contre les tiers, à défaut d'intervention du constituant), strictement limitée à la sauvegarde de la valeur de l'œuvre ou de l'invention.

Le gage d'œuvres intellectuelles comme le gage de créances et le gage de choses corporelles comporte une dépossession dont nous avons plus haut défini les caractères (V. p. 329).

C. - *Gage d'universalités.* — Rappelons que pour nous l'universalité de droit ne peut être un objet de droit et par conséquent ne peut être l'objet d'un droit de gage proprement dit. Nous avons déjà indiqué que l'universalité de fait comprenant uniquement des meubles corporels pouvait faire l'objet d'un droit réel de gage.

Reste la question des universalités de fait comprenant à la fois des éléments corporels et des éléments incorporels dont le type est le fonds de commerce qui comprend au moins une créance (le droit au bail) et des éléments intellectuels (brevet d'invention, marques de fabrique et de commerce, enseigne, clientèle, nom commercial, etc...) à côté de meubles corporels (matériel et outillage). De même qu'au sujet de la mise en possession, nous avons dû déclarer que le nantisse-

ment de fonds de commerce restait à mi-chemin du gage et de l'hypothèque, de même au point de vue de sa nature juridique force nous est de reconnaître sa nature mixte puisqu'il résulte en définitive d'un démembrement de droits réels, de droits de créance, de droits intellectuels dont les objets sont, quant à leur valeur pécuniaire, affectés à la garantie du créancier et qu'il porte sur un bien à la fois corporel et incorporel. Cependant d'après la prédominance nettement accordée par la loi de 1907 aux éléments incorporels dans la composition du fonds et aussi étant donné ce que la notion d'universalité renferme en elle d'intellectuel et de non tangible, nous conclurons que ce droit se rapproche plutôt par sa nature des droits intellectuels du second degré dérivant du gage des œuvres intellectuelles et des découvertes ou procédés industriels ou commerciaux.

En définitive, la nature juridique du droit de gage dépend de l'objet dont la valeur est affectée au créancier; c'est seulement lorsque cet objet est une chose corporelle que l'on peut vraiment parler de droit réel de gage; mais tous les droits qui dérivent du gage quelle que soit leur nature ont ce caractère commun d'être des droits patrimoniaux du second degré, ayant pour objet la valeur économique d'un bien déterminé; en outre dans tous les cas, l'appropriation de la valeur de ce bien, qu'il soit corporel ou incorporel, suppose une certaine main-mise ou un certain pouvoir de fait sur ce bien envisagé dans son individualité organique.

Nous sommes donc fondé à conclure de cette étude que sur la base de ces éléments, il est possible de dégager une notion unique du droit de gage applicable à la fois au gage de meubles corporels et au gage de biens incorporels; c'est ce que nous ferons ultérieurement après en avoir terminé avec l'examen des différentes notions juridiques incluses dans l'institution du gage.

CHAPITRE V.

Du droit réel de gage et du privilège du créancier gagiste

II - Le privilège du gagiste
ou
Le droit de gage est-il un privilège ?

Nous avons indiqué au cours de notre première partie (V. p. 48) que si le Code civil ne qualifie nulle part le droit de gage de droit réel, ce qui concorde avec la nature de ce droit telle que nous l'avons définie au chapitre précédent puisque d'après nous ce droit n'est pas dans tous les cas un droit réel, il donne par contre à diverses reprises tant dans le titre XVII *Du nantissement* que dans le titre XVIII *Des privilèges et hypothèques* du livre III, au droit de préférence reconnu au créancier gagiste sur la valeur du bien affecté à sa garantie, la dénomination de « privilège ». L'exactitude de cette dénomination est contestée par la plupart des auteurs pour lesquels il y aurait là une impropriété, une erreur de terminologie qui, pour remonter à notre Ancien Droit, n'en serait pas moins fâcheuse, le droit de gage ne présentant pas les caractères attribués par l'article 2095 du Code civil au privilège et ne constituant pas un privilège proprement dit.

Pour apprécier le bien fondé des critiques ainsi adressées au législateur, il nous faut tout d'abord examiner dans les deux premières sections de ce chapitre, la notion de privilège en général; nous pourrons ensuite rechercher si la classification du droit du gagiste parmi les privilèges est ou non

justifiée et si les critiques adressées de ce chef par la Doctrine aux rédacteurs du Code ne proviennent pas surtout d'une analyse insuffisante de la notion de privilège.

Section Première

La notion de privilège en Droit français - Observations générales - La doctrine classique - Ses incertitudes - La classification d'Aubry et Rau - Théorie de Planiol - Thèse de M. Poplawski.

§ 1. *Observations générales. - Les textes du Code civil. - La définition de privilège en général par les articles 2095 à 2098 du Code civil. - Les différentes espèces de privilèges.* — La notion de privilège a fait l'objet d'un certain nombre d'études qui cependant n'étaient pas entièrement parvenues jusqu'à une date récente à dissiper les obscurités et les incertitudes qui l'entourent (V. J. Peyrebère, *Etude sur la nature des privilèges*, Thèse, Paris, 1904; G. Briault, *De la notion du privilège en droit civil français*, Thèse, Paris, 1911; Badoui, *Développement de la notion de privilège*, Thèse, Grenoble, 1912; R. Poplawski, *La notion de privilège en Droit Romain et en Droit civil français, Etude historique et critique*, Thèse, Bordeaux, 1913; V. un examen approfondi des conceptions antérieures et l'exposé d'une solution nouvelle dans J. Bonnecase, *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie*, V, p. 437 à 510).

Nous ne pouvons ici songer à exposer en détail les différentes conceptions émises au sujet de cette notion tant dans les monographies précitées que dans les ouvrages d'ensemble et les traités ou précis de Droit civil. Nous nous contenterons d'indiquer les théories principales en renvoyant pour le surplus aux ouvrages que nous venons de citer.

Mais avant de procéder à cet exposé, il nous paraît indispensable de nous référer aux textes du Code civil en la matière tant en ce qui concerne la notion de privilège en gé-

néral que les diverses catégories de privilèges. C'est là en effet le point de départ indispensable de toute étude concernant cette notion. En ce qui concerne l'évolution historique de la notion de privilège depuis le Droit romain, nous nous contenterons de renvoyer aux développements de M.M. Poplawski (V. thèse citée, pp. 90-94 et 234-39), et Bonnecase (*Supplément au Traité de Baudry*, V, n° 211 et s.).

L'article 2095 du Code civil définit le privilège « un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux créanciers mêmes hypothécaires » .

Le privilège n'est donc autre chose qu'un droit de priorité des créanciers entre eux, lorsqu'à défaut de payement de leurs créances, ils se présentent pour être payés sur les biens composant le patrimoine de leur débiteur, une dérogation au principe de l'égalité entre créanciers posé par l'article 2092 du Code civil. C'est à ce titre que l'article 2094 les range parmi les « causes légitimes de préférence » à côté des hypothèques.

Les articles 2096 et 2097 du Code civil posent les principes qui régissent le concours des divers privilèges entre eux : leur préférence se règle aux termes de cet article d'après « les différentes qualités des privilèges » et non point comme pour les hypothèques d'après la date de naissance de leurs droits respectifs; à rang égal les créanciers viennent par concurrence.

Après cet exposé des principes généraux qui régissent la matière des privilèges, le Code civil énumère dans ses articles 2100 à 2105 les diverses variétés de privilèges.

On en distingue trois catégories : 1° les privilèges généraux énumérés dans l'article 2101 qui s'étendent sur l'ensemble des biens du débiteur et qui bien que rangés par le Code parmi les privilèges mobiliers peuvent également s'exercer « à défaut de mobilier » sur les immeubles (art. 2105 C. civ.) et en ce cas priment les privilèges immobiliers spéciaux (même article) 2° les privilèges mobiliers spéciaux qui n'affectent que certains meubles déterminés et qui sont énumérés dans l'article 2102; 3° enfin les privilèges immobiliers spéciaux énumérés dans l'article 2103 et qui ne portent que sur certains immeubles déterminés.

La question qui s'est posée devant la doctrine est celle de savoir si les différentes catégories de privilèges répondent à une notion unique et ont une nature identique ou si au contraire il y a lieu d'établir des distinctions entre les différents privilèges, certains constituant par exemple des droits réels, d'autres des droits purement personnels ou ayant une nature mixte. A ce point de vue, différentes conceptions ont été émises dont il nous faut examiner maintenant les principales.

§ 2. *La doctrine classique. - Ses incertitudes. - La classification tripartite d'Aubry et Rau.* — I. - Les auteurs classiques semblent en général admettre que les privilèges ne répondent pas à une notion unique. Certains privilèges seraient des droits réels complets entraînant à la fois le droit de préférence et le droit de suite. D'autres seraient des droits purement personnels opposables seulement au débiteur et à ses créanciers chirographaires. D'autres enfin tout en ayant la qualité de droits réels, n'entraîneraient pas de droit de suite ou n'entraîneraient qu'un droit de suite restreint.

Tout le monde est d'accord pour voir des droits réels complets dans les privilèges immobiliers spéciaux qui priment même les hypothèques et qui, lorsqu'ils perdent cette priorité par défaut d'accomplissement des formalités prescrites pour leur publicité, peuvent encore conserver la qualité d'hypothèques en prenant rang à la date de leur inscription (Poplawski, thèse citée, pages 252 et 304 ; Baudry-Lacantinerie et De Loynes, I, n° 302).

Mais les difficultés commencent lorsqu'il s'agit soit des privilèges généraux soit des privilèges mobiliers spéciaux. Les auteurs font, soit entre ces deux catégories de privilèges, soit à l'intérieur de chacune d'elles, des distinctions qui reposent tantôt sur le fondement du privilège, tantôt sur la nature des biens sur lesquels il s'exerce, tantôt sur sa généralité ou sa spécialité, tantôt enfin sur les effets juridiques attribués aux divers privilèges notamment en ce qui concerne l'absence du droit de suite ou les restrictions apportées à ce droit; on arrive ainsi à des classifications soit bipartites soit tripartites.

II. - En ce qui concerne les privilèges généraux, on admet en général qu'il faut distinguer s'ils s'exercent sur les meubles ou sur les immeubles à défaut de mobilier. Dans ce dernier cas, ces privilèges seraient de véritables droits réels comme les privilèges immobiliers spéciaux et confèreraient à leurs titulaires non seulement un droit de préférence mais encore un droit de suite (Baudry-Lacantinerie, et De Loynes *Du nantissement, des privilèges et des hypothèques*, III, n° 3085; Guillouard, III, n° 1216; Laurent, XXXI, n° 242).

Cependant Thézard (*Du nantissement, des privilèges et des hypothèques*, n^os 267, 369, 381) soutient que les privilèges généraux qu'ils s'exercent sur des meubles ou des immeubles ne seraient que des droits de préférence personnels n'entraînant jamais le droit de suite. Comme d'après cet auteur, tous les privilèges mobiliers spéciaux seraient des droits réels pour lesquels les restrictions apportées au droit de suite dériveraient seulement de l'application de l'article 2279 du Code civil (Thézard, op. cit., n° 267), il opère ainsi une classification bipartite consistant à ranger d'un côté tous les privilèges spéciaux tant mobiliers qu'immobiliers qui seraient des droits réels, et de l'autre les privilèges généraux, quelle que soit la nature du bien à l'occasion duquel ils s'exercent qui seraient des droits de préférence personnels.

III. - Certains auteurs posent en principe que les privilèges sont des droits réels. Laurent (XXIX, n° 314, p. 357); se demandant si les privilèges sont des droits réels, écrit « Il est certain que les privilèges immobiliers sont des droits réels; la loi les met sur la même ligne que les hypothèques, en ce qui concerne les droits des créanciers contre les tiers détenteurs; ils ont le droit de suite. Notre question ne concerne donc que les privilèges mobiliers. On enseigne que ces privilèges ne donnent qu'une préférence purement personnelle. Cela est vrai, en ce sens qu'ils n'ont d'effet qu'à l'égard des créanciers chirographaires, ils ne donnent pas le droit de suite. Mais de là on aurait tort d'induire que les privilèges ne sont pas des droits réels. Il suffit qu'un droit existe dans une chose pour qu'il soit réel; or le privilège n'est pas un droit de créance contre la personne, c'est un droit dans la chose mobilière qui en est grevée. Voilà pourquoi le privilège mobilier s'éteint quand la chose change de na-

ture ou qu'elle est immobilisée. On objecte que les privilèges mobiliers ne donnent pas le droit de suite. Nous répondons que cela tient, non à l'essence du privilège, mais à la maxime qu'en fait de meubles, possession vaut titre; considéré en lui-même le privilège donne le droit de suite en ce sens qu'il n'y a pas, dans la nature du privilège mobilier, un obstacle légal à ce qu'il puisse être exercé contre les tiers; ce qui le prouve, c'est qu'il y a un privilège mobilier, celui du bailleur, qui donne le droit de suite. La propriété aussi ne peut être revendiquée contre un tiers possesseur quand il s'agit d'une chose mobilière corporelle; ce qui n'empêche pas la propriété mobilière d'être un droit réel ».

(Dans le même sens Guillouard, *Privilèges et hyp.*, I, n° 173, p. 210). Mourlon, *Examen critique*, n^os 28, 60, 115, 117; Pont, *Privilèges et hyp.*, I, p. 20; Huc, XIII, n° 17, p. 26).

Cependant il y a lieu de remarquer que malgré le caractère général des formules employées, l'argumentation de ces auteurs laisse en général de côté les privilèges généraux en tant qu'ils s'exercent sur les meubles du débiteur; il semble bien que vu l'absence de spécialisation des biens sur lesquels ils portent et de droit de suite, ces privilèges n'étaient point considérés par les auteurs que nous venons de citer comme des droits réels.

Dès lors leurs conceptions trouvent leur aboutissant logique dans la classification bipartite mise en avant par Beudant(*Cours de dr. civ. franç., Sûretés personnelles et rélles*, I, n° 261, p. 226 et n° 264, p. 229). D'après cet auteur, 1° les privilèges généraux en tant qu'ils s'exercent sur les meubles sont des droits de préférence personnels; 2° les autres privilèges, c'est-à-dire tous les privilèges spéciaux, mobiliers et immobiliers et les privilèges généraux en tant que s'exerçant sur les immeubles seraient des droits réels (V. dans le même sens, Colin et Capitant, *Cours élém. de droit civil français*, II, p. 872 et s.).

IV. - Cependant on s'est demandé s'il était exact d'attribuer à tous les privilèges mobiliers spéciaux la même nature et s'il n'y avait pas lieu de distinguer à ce sujet entre ceux de ces privilèges qui étaient fondés sur un nantissement exprès ou tacite et ceux basés sur une autre cause, par exemple sur l'idée de remise d'une valeur dans le patrimoine

du débiteur, et de refuser à ces derniers le caractère de droits réels. On s'est demandé d'autre part si les privilèges mobiliers spéciaux fondés sur un nantissement exprès ou tacite tout en ayant certains caractères des droits réels pouvaient cependant à ce point de vue être complètement assimilés aux privilèges immobiliers, étant donné qu'à la différence de ceux-ci, ils n'entraînent pas un droit de suite complet susceptible d'être invoqué contre tout détenteur ou possesseur du bien objet du privilège.

De là la classification tripartite d'Aubry et Rau (*Cours de droit civil français*, III, § 256, p. 185 à 187).

Examinant les diverses causes de préférence existant entre créanciers sur le prix des biens appartenant à leur débiteur, ces auteurs écrivent en effet : « Ces causes de préférence peuvent se ranger en trois catégories : Les unes sont purement personnelles en ce sens qu'elles n'ont d'effet qu'à l'égard du débiteur lui-même et de ses créanciers chirographaires. D'autres au contraire présentent un caractère complet de réalité en ce qu'elles peuvent être exercées par voie de suite contre tout tiers détenteur. D'autres enfin sont d'une nature mixte.

Dans la catégorie des causes de préférence purement personnelles, on doit ranger les privilèges généraux de l'article 2101 en tant qu'ils s'exercent sur des meubles ainsi que les privilèges spéciaux sur certains meubles à l'exception cependant de ceux qui se rattachent à un nantissement exprès ou tacite. Ces privilèges sont bien susceptibles d'être exercés au préjudice des créanciers chirographaires sur le prix de la vente volontaire ou forcée des objets qui y sont soumis tant que ce prix encore dû au débiteur n'a pas été distribué; mais ils ne peuvent être opposés ni à l'acheteur de bonne foi qui a payé son prix et, ce, dans le cas même où il n'aurait pas été mis en possession, ni aux cessionnaires saisis de ce prix, ni à plus forte raison aux tiers possesseurs.

Dans la seconde catégorie se rangent les privilèges généraux de l'article 2101 en tant qu'ils s'exercent sur des immeubles, les privilèges spéciaux sur des immeubles et les hypothèques.

Enfin la troisième catégorie comprend les privilèges spéciaux sur les meubles qui se rattachent à un nantissement

exprès ou tacite. Ces privilèges, quoique ne pouvant être exercés par voie de suite contre des tiers détenteurs, présentent cependant un certain caractère de réalité, en ce qu'ils sont susceptibles d'être invoqués contre un tiers acquéreur non encore mis en possession ».

Cette classification est reproduite par Baudry-Lacantinerie et De Loynes (*Du nantissement, des privilèges et des hypothèques*, I, n° 277, p. 226) bien que ces auteurs dans un autre passage de leur ouvrage (loc. cit., I, n° 302, p. 253) emploient des formules qui paraissent plutôt se référer à la thèse soutenue par Laurent.

V. - Il semble donc que les tendances de la doctrine classique en ce qui concerne la nature même des privilèges peuvent être résumées dans les formules suivantes :

1° Le privilège ne répondrait pas à une notion unique; sa nature juridique varierait avec la nature des biens sur lesquels il s'exerce et avec les prérogatives qu'il confère au créancier.

2° Les privilèges immobiliers spéciaux seraient des droits réels complets analogues aux hypothèques.

3° Les privilèges généraux, en tant du moins qu'ils s'exercent sur des meubles seraient des droits personnels.

4° Les privilèges mobiliers spéciaux fondés sur un nantissement exprès ou tacite seraient des droits réels ou tout au moins auraient certains caractères de « réalité ».

5° Il y a doute sur la nature juridique des privilèges généraux en tant qu'ils s'exercent sur des immeubles et des privilèges mobiliers spéciaux autres que ceux se rattachant à un nantissement exprès ou tacite.

6° Indépendamment de la question de la réalité ou de la personnalité du droit, les privilèges auraient ce caractère commun à l'exception de celui du gagiste proprement dit, d'avoir pour origine la loi et non la volonté des parties et pour fondement la qualité de la créance.

§ 3. *La notion de privilège devant la doctrine moderne. - Théorie de Planiol.* — A. - Absence de tout caractère commun à tous les privilèges énumérés par le Code civil. B. - Le privilège véritable ne constitue pas un droit réel mais un simple « droit de priorité entre créanciers »; seulement

cette notion n'aurait pas été absolument respectée par le Code, notamment en ce qui concerne les privilèges mobiliers spéciaux. C. - Les privilèges généraux sont des créances chirographaires privilégiées. D. - Les privilèges immobiliers spéciaux sont des hypothèques privilégiées. E. - Quant aux privilèges mobiliers spéciaux ce seraient des droits d'origine et de nature variées dont le seul caractère commun serait de donner au créancier un droit de préférence.

Les incertitudes de la doctrine classique en ce qui concerne la notion de privilège ont été mises en lumière par les auteurs modernes et notamment par Planiol (*Traité élém.*, II, n° 2542 et s., pp. 833 et s.) qui, après avoir procédé à un examen critique des définitions données par le Code civil, a formulé une conception nouvelle du privilège que l'auteur d'ailleurs restreint en réalité aux privilèges généraux de l'article 2101 et qui n'est en définitive que la notion romaine du «*privilegium inter personnales actiones*». Cette conception qu'il nous faut maintenant exposer, se base avant tout sur l'étude historique et critique de l'évolution de la notion de privilège depuis le Droit romain; elle aboutit en définitive à donner une physionomie nettement tranchée aux privilèges généraux et aux privilèges immobiliers spéciaux, mais proclame, comme d'ailleurs cela ressort au fond de la doctrine classique, l'impossibilité de ramener tous les privilèges à une notion unique, particulièrement en ce qui concerne les privilèges mobiliers spéciaux qui n'auraient entre eux d'autres caractères communs que d'être des causes de préférence affectant tel ou tel meuble du débiteur.

A. - *Les droits qualifiés de « privilèges » par le Code civil n'auraient entre eux, d'après Planiol, aucun caractère commun.*

Planiol expose d'abord l'origine de la notion de privilège en ces termes (*Traité élém.*, II, n° 2544, p. 833) : « A proprement parler, le privilège est une *disposition de la loi qui favorise un créancier*. S'agit-il d'un créancier soumis à la loi du concours ? Au cas d'insolvabilité du débiteur, on le fait payer non pas au marc le franc, mais *par préférence aux autres*, c'est-à-dire en entier avant eux. S'agit-il d'un créancier ayant déjà un droit de préférence comme gagiste ou hypothécaire ? on lui donne un *tour de faveur* en le faisant

passer avant ceux qui ont un droit plus ancien que le sien. Il en résulte qu'un *privilège ne peut être établi que par la loi.* C'est l'idée qu'exprime encore le mot de « privilège » : *loi faite dans un intérêt privé.*».

D'après Planiol (loc. cit., n° 2545) cette notion relativement simple du privilège qui était celle du Droit romain a été compliquée et rendue obscure par les dispositions du Droit moderne qui a classé parmi les privilèges des droits d'origine diverse n'ayant pas forcément la même nature et ne possédant pas les caractères des privilèges véritables.

Après avoir rappelé les définitions et dispositions des articles 2095, 2096 et 2097 du Code civil concernant la notion de privilège en général et que nous avons nous mêmes repoduites plus haut (V. p. 447), Planiol en fait l'examen critique (loc. cit., n° 2547) : « Cette sorte de description du privilège que donne le Code civil est empruntée au Droit romain par l'intermédiaire de Domat(*Lois civiles*, livre III, titre I, section V, n^os^ 1 et 2). Elle était parfaitement exacte pour les privilèges, *tels qu'ils existaient à l'époque romaine*, alors qu'ils étaient des droits de préférence accordés à certains créanciers chirographaires *privilegia inter personnales actiones*. Elle ne l'est plus, à beaucoup près pour cet entassement de droits disparates que notre Code a énumérés pêle-mêle dans les articles 2101, 2102 et 2103 ».

« L'idée que la qualité de la créance en détermine le rang (*non ex tempore aestimantur, sed ex causa*) n'est plus vraie que pour les privilèges généraux de l'article 2101; pour les privilèges spéciaux des articles 2102 et 2103, le rang est au contraire, une *question de date* ou *une question de possession* ».

« Ainsi, à cette question « quels sont les caractères généraux des privilèges ? » on peut répondre hardiment : *Il n'y en a pas*, à moins qu'on n'en réduise l'examen aux privilèges généraux de l'article 2101».

B. - *Le véritable privilège, d'après Planiol, ne serait pas un droit réel mais un simple droit de préférence entre créanciers; seuls auraient le caractère de droit réel, les privilèges immobiliers spéciaux et le droit de gage, celui-ci n'étant pas d'ailleurs un véritable privilège .*

Planiol, continuant sa critique de la définition légale,

examine la question de la nature juridique des privilèges (loc. cit., n° 2548) : « Le système de la loi, écrit-il, a un autre inconvénient; bien qu'elle ne le dise pas expressément, le rapprochement qu'elle fait entre les privilèges et les hypothèques fait naître l'idée que les privilèges sont des droits réels comme les hypothèques. Cela est vrai pour les *privilèges spéciaux immobiliers* qui sont de véritables hypothèques; cela est vrai encore pour le gagiste qui a le droit réel de gage et dont le droit de préférence n'est nullement de la nature des privilèges ».

« Mais *pour tous les autres créanciers privilégiés, il n'existe point de droit réel.* Il n'y a de droits réels que ceux qui assurent à une personne contre toutes autres la possession totale ou partielle d'une chose. Tels sont la propriété, l'usufruit, les servitudes, l'emphytéose, le gage : telle est encore l'hypothèque, parce qu'elle tend à faire délaisser la chose au créancier et qu'elle autorise celui-ci à en transférer la propriété à autrui. Dans le privilège, rien de semblable : c'est un simple *droit de priorité entre créanciers*, un tour de faveur dans la répartition du prix, et c'est bien ainsi que la loi l'envisage en le définissant « un droit qu'a le créancier d'être *préféré* » (art. 2095) ».

C. - *D'après Planiol, les privilèges généraux ne seraient autre chose qu'une faveur accordée par la loi à des créanciers dont les créances conservent leur nature de créances chirographaires; autrement dit ces créances seraient des « créances chirographaires privilégiées »; ce caractère subsiste lorsque le privilège général s'exerce sur des immeubles appartenant au débiteur.*

On sait que les auteurs classiques, sauf une exception (V. p. 449) étaient unanimes à considérer les privilèges généraux comme des droits réels lorsqu'il s'exerçaient sur des immeubles en vertu de l'article 2106 du Code civil. Planiol prend le contre-pied de cette solution; pour lui, et conformément à la notion de privilège mise en avant par lui, le créancier muni d'un privilège général reste un créancier chirographaire doté par la loi d'un rang de faveur opposable seulement aux autres créanciers chirographaires du débiteur, et cela quelle que soit la nature du bien de ce débiteur, dont il s'agit de répartir le prix entre ces créanciers.

« En principe, écrit-il (loc. cit., n° 2550), les privilèges généraux portent sur tous les biens du débiteur; meubles et immeubles, et il y en a une bonne raison : ce sont des *actions chirographaires qui sont déclarées privilégiées* : le créancier peut donc exercer son droit sur l'ensemble du patrimoine qui était son gage ».

Cette conception entraîne pour Planiol trois conséquences importantes dont l'une il est vrai n'a qu'un intérêt purement théorique, parce que l'auteur se trouve en présence d'un texte formel qui condamne la conséquence logique qu'il devrait tirer des principes posés par lui.

1° Logiquement dans la conception de Planiol, les créanciers munis d'un privilège général devraient n'être payés sur le prix des immeubles appartenant à leur débiteur, qu'après les créanciers hypothécaires comme c'était le cas en Droit romain ou dans notre ancien Droit. Aussi souligne-t-il (loc. cit., n° 2628, 2629) le caractère d'innovation de la disposition de l'article 2105 du Code civil en vertu duquel les privilèges généraux priment à la fois les privilèges immobiliers spéciaux et les hypothèques et après avoir exposé les motifs qui ont inspiré cette disposition (modicité des créances garanties par les privilèges généraux, impossibilité pour leurs titulaires d'obtenir leur payement en face d'un actif immobilier absorbé par les créances hypothécaires), déclare-t-il (loc. cit., n° 2631) que cette considération est « loin d'être indiscutable ». Très nettement, il lui préfère le système des lois belges et roumaines (art. 19 de la loi belge du 16 décembre 1851; art. 1729 C. civ. roumain) qui n'accordent de préférence aux créanciers munis de privilèges généraux, sur le prix des immeubles qu'à l'encontre des créanciers chirographaires.

2° A défaut de texte réglant le conflit entre les privilèges généraux et les privilèges mobiliers spéciaux, Planiol tire de la qualité attribuée par lui aux privilèges généraux cette conséquence que ceux-ci seront primés sur le prix des meubles par les privilèges mobiliers spéciaux (loc. cit., n° 2634, p. 857 et 858) : « Le système qui a prévalu, dit-il, fait passer sur les meubles, les *privilèges spéciaux avant les privilèges généraux*. Il y en a une raison historique décisive : c'est que les privilèges spéciaux dérivent de sûretés réelles

(nantissement, hypothèques mobilières, réserve de propriété) ou du droit de rétention qui est opposable aux créanciers du débiteur. A ce titre, ils ont nécessairement la priorité sur les privilèges généraux qui n'ont jamais été que des « *privilegia inter personnales actiones,* » c'est-à-dire des *actions chirographaires* dotées d'un rang de faveur ».

3° C'est encore cette conception du privilège général, étayée d'un argument historique qui amène Planiol (loc. cit., n° 3166) à refuser aux privilèges généraux le droit de suite sur les immeubles du débiteur et ceci contrairement à l'opinion admise par la majorité des auteurs classiques.

D. - *Les privilèges immobiliers spéciaux sont d'après Planiol des hypothèques privilégiées.* — Planiol (loc. cit., n^{os} 2886 et 2887, pp. 935 et 936) expose ainsi à la suite de ses développements consacrés aux hypothèques et dans un paragraphe intitulé « *Hypothèques privilégiées* (Privilèges spéciaux sur les immeubles) » l'origine et la nature juridique des privilèges immobiliers spéciaux : « Le type de l'hypothèque privilégiée a été créé sous Justinien. Voici en quoi consista l'innovation : étant donnée une hypothèque, on la soustrait à la règle commune qui détermine le rang par l'ordre des dates, et on la fait passer avant celles qui lui sont antérieures. Ce qui fut fait alors pour la première fois au profit de la femme mariée a été admis depuis au profit de différents créanciers. Ainsi que cela a été déjà dit, les privilèges spéciaux sur les immeubles n'ont rien de commun avec les purs privilèges; ce sont de *véritables hypothèques,* qui jouissent d'un classement de faveur ».

E. - *Pour Planiol, les privilèges mobiliers spéciaux seraient des droits d'origine et de nature variées n'ayant d'autre caractère commun que de conférer au créancier un droit de préférence.* I. - Planiol (loc. cit., n^{os} 2584 et 2585, pp. 843 et 844) expose ainsi l'origine et le développement de la notion de privilège mobilier spécial : « Les privilèges spéciaux sur des meubles étaient inconnus en Droit romain; c'est le Droit français qui les a inventés peu à peu; ils se sont formés lentement sous l'influence de changements opérés sur d'autres institutions. Le premier de ces changements a été *la séparation des voies d'exécution,* qui devinrent profondément distinctes selon

qu'elles portaient sur les meubles ou les immeubles, les meubles furent saisis à part et discutés avant les immeubles ce qui n'avait jamais eu lieu en Droit romain. Leur sort étant désormais indépendant, on comprend qu'il se soit formé pour eux des habitudes et des conceptions nouvelles et que la notion du privilège spécial mobilier ait pu naître; elle trouvait un terrain tout préparé pour son éclosion. Sa naissance a eu pour cause la *suppression du droit de suite qui résultait de l'hypothèque mobilière.* suppression qui fut la conséquence des idées germaniques sur la saisine et la revendication des meubles. Quand ce double changement fut accompli, on ne rencontrait plus dans l'exécution des meubles, que de *simples droits de préférence*; les sûretés réelles elles-mêmes ne donnaient plus le droit de suite. Dès lors par un abus de langage facile à comprendre, chez des praticiens, on en arriva à appeler indifféremment «privilèges» toutes les causes de préférence sur les meubles, quelle qu'en fût au fond la nature. Cette confusion est complète dans Pothier, mais elle est beaucoup plus ancienne».

« Nos anciens auteurs employaient le mot « privilège » avec le sens large que nous donnons à l'expression « droit de préférence ». Cette synonymie est très sensible chez Domat dans les passages où il parle du gage, de l'hypothèque et des privilèges ».

« Une fois qu'on eut ainsi créé la notion d'un *privilège spécialisé*, c'est-à-dire d'un simple droit de préférence limité à certains biens, comme cette conception nouvelle était en elle-même compréhensible et utile, on se mit à en créer de nouveaux cas. Après avoir vécu longtemps sur les anciennes traditions qu'on se contentait d'altérer et de transformer, le droit entra dans une *phase productive* : un certain nombre de privilèges d'institution récente ont été *créés sous la forme de privilèges mobiliers spéciaux* et n'ont jamais été autre chose..

En outre, il existe un *ancien privilège général* du Droit romain qui a été maintenu en Droit moderne, mais *à l'état de privilège spécial* : c'est le privilège donné pour les frais de conservation de la chose ».

II. - Sur ces bases, Planiol (loc. cit., n° 2586 et s., p. 844 et s.) distingue parmi les privilèges mobiliers spéciaux :

1° les privilèges dérivés d'anciennes causes de préférence;

2° le privilège du conservateur né de la transformation d'un privilège général en privilège spécial.

3° les privilèges spéciaux de création moderne.

Il fait précéder l'énumération des privilèges de la première catégorie, de cette observation (loc. cit., n° 2586) : « Les anciennes causes de préférence que la loi moderne range parmi les privilèges spéciaux, alors qu'elles avaient originairement une autre nature, *ont conservé en grande partie leurs règles propres*, qui sont fort différentes de celles des privilèges véritables. Ces prétendus « privilèges », quoiqu'ils en portent le nom dans la pratique, n'en sont pas en réalité, puisqu'ils *n'en présentent pas les caractères spécifiques*, tels qu'ils sont définis par le Code civil lui-même ».

Planiol insiste à nouveau sur ce point, à propos du classement des privilèges spéciaux entre eux (loc. cit., n° 2636) : Si l'on en croyait l'article 2095, l'ordre des privilèges spéciaux se déterminerait, comme pour les privilèges généraux par la *qualité de la créance*... Mais cette règle absolument vraie en Droit romain où on ne connaissait que des actions chirographaires privilégiées, vraie encore de nos jours pour les privilèges généraux, a cessé de l'être pour nos privilèges spéciaux. Pour ceux-ci au contraire, la nature de la créance ou la qualité du créancier sont également indifférentes : ce qui joue le rôle principal, c'est tantôt le *fait de la possession* et tantôt la *date de la créance* ».

Parmi les privilèges dérivés d'anciennes causes de préférence, Planiol distingue :

1° les privilèges dérivant du gage parmi lesquels il range uniquement ceux du créancier gagiste, du bailleur, et du créancier pour faits de charge. D'après lui « ces prétendus privilèges ne sont pas autre chose que *la préférence résultant du droit réel de gage* » (loc. cit., n° 2587).

2° les privilèges dérivant du droit de rétention « On a vu ci-dessus, écrit-il (loc. cit., n° 2588) que le droit de rétention simple exception de dol opposable à un demandeur qui se trouve en même temps débiteur ou à ses ayants cause, n'est ni un droit réel, ni un droit de préférence, et que cependant il aboutit dans la pratique à procurer au créancier son paiement intégral, sans que les autres soient desintéressés, ce qui lui est aussi avantageux qu'un droit de préférence véri-

table. C'est pour cela que la loi met au nombre des créanciers privilégiés l'*aubergiste* et le *voiturier* (art. 2102, 5° et 6°) bien qu'ils n'aient pas à proprement parler un privilège, tout leur droit se bornant à ne pas se dessaisir de la chose ».

3° le privilège du vendeur de meubles considéré comme dérivant d'une action en revendication (loc. cit., n° 2589, 2604 et s.) et qui se fonde sur le fait que le vendeur « a mis la chose dans le patrimoine de l'acheteur » (n^os 2608 et 2609).

III. - Planiol ne dit nulle part expressément que la diversité d'origine des privilèges mobiliers spéciaux entraîne entre eux des différences quant à leur nature juridique, mais cela semble bien résulter de l'ensemble de ses développements.

Dans le passage que nous avons cité plus haut (V. p. 455) relatif à la nature du privilège en soi; nous avons vu qu'il ne considère comme droits réels que les privilèges immobiliers spéciaux et ceux dérivant du gage.

Les autres privilèges mobiliers spéciaux, quelle que soit d'ailleurs leur origine n'auraient donc pas cette qualité.

En ce qui concerne les privilèges du voiturier et de l'aubergiste, ils auraient d'après Planiol le caractère de droits de rétention et ne seraient donc comme nous venons de le voir, ni « des droits réels, ni des droits de préférence » sur un prix.

Quant aux autres privilèges mobiliers spéciaux, Planiol ne s'explique pas sur leur nature juridique; mais par ce silence même, il leur attribue le caractère qu'il reconnaît à tout privilège autre que les privilèges immobiliers spéciaux ou dérivant du gage, d'être « un simple *droit de priorité entre créanciers*, un tour de faveur dans la répartition du prix » (loc. cit., n° 2548).

S'il n'emploie pas pour eux comme pour les privilèges généraux, l'expression d'« action chirographaire privilégiée » c'est que pour Planiol, la notion de créance chirographaire implique l'idée de droits s'exerçant sur l'ensemble du patrimoine du débiteur, et non sur un bien déterminé.

C'est probablement aussi pour ce motif ainsi qu'à raison du fondement historique de sa conception, qu'il invoque, pour justifier la solution qu'il préconise à propos du conflit des privilèges généraux et des privilèges mobiliers spéciaux,

le fait que ceux-ci auraient pour origine soit des sûretés réelles, soit un droit de rétention opposable aux tiers, sans faire à cet égard de distinction entre les divers privilèges mobiliers spéciaux.

Malgré tout si cela laisse subsister un doute sur la véritable nature qu'il attribue à des privilèges comme celui du vendeur ou du conservateur, il n'en demeure pas moins que dans sa conception ces privilèges ne sont pas des droits réels; aussi leur refuse-t-il tout droit de suite même restreint (loc. cit., n° 2584, note 1, p. 843 et en ce qui concerne le privilège du vendeur, n° 2618 et 2619, p. 853).

C'est également à cette conclusion qu'arrive, en ce qui concerne les privilèges, M. Badoui, (thèse citée, p. 167 et s.) qui dans sa thèse sur le *Développement de la notion de privilège*, adopte à peu près intégralement les conceptions de Planiol.

§ 4. *La notion de privilège devant la doctrine moderne* (suite). - *La théorie de M. Poplawski : Tous les privilèges y compris les privilèges généraux auraient ce caractère commun d'être des droits réels.* — On a pu se rendre compte par ce qui précède que la conception développée par Planiol restreignait considérablement par rapport aux théories antérieures le nombre des privilèges auxquels pouvait être reconnue la qualité de droits réels. La théorie soutenue par M. Poplawski dans sa thèse sur *La notion de privilège en Droit Romain et en Droit civil français* (Bordeaux, 1913) se place à l'opposé de cette conception puisqu'elle prétend démontrer que tous les privilèges, y compris les privilèges généraux répondraient à la notion de droit réel.

I. - M. Poplawski commence par retracer l'évolution historique de la notion de privilège tant en Droit romain (p. 90, 94) que dans notre ancien Droit français (p. 135 et s.). Il pose ensuite le problème de la nature du privilège dans notre Droit actuel.

Après avoir rappelé les textes qui régissent la matière et insisté sur le caractère de droits réels immobiliers reconnus aux privilèges immobiliers spéciaux sur la base des articles 2113 et 2166 du Code civil (p. 252-253), il expose les incertitudes qui subsistent sur la nature des autres privilèges et les différentes théories émises par les auteurs à ce sujet.

Il critique particulièrement l'opinion de Planiol au sujet de la nature des privilèges généraux (pp. 269-70). Cette conception, dit-il,en substance, « apparaît comme la négation de l'évolution historique. Elle regarde le privilège comme un droit de priorité accordé à un créancier et joint soit à une créance chirographaire soit à une hypothèque. La notion de privilège dans notre Droit actuel serait identique à ce qu'elle était en Droit romain. Or nous avons démontré que cette notion s'était modifiée dans notre ancien Droit et que le privilège y était devenu un droit réel. C'est en faisant abstraction de l'histoire que Planiol a repris la notion romaine ».

Examinant ensuite si la Jurisprudence reconnaît ou non aux privilèges en général et aux privilèges généraux en particuliers les caractères distinctifs des droits réels, notamment le droit de suite et l'indivisibilité, l'auteur cite quelques décisions en ce sens mais reconnaît que dans l'ensemble, la jurisprudence est « hésitante et incertaine » sur ce point (V. thèse, citée, p. 272 et s.).

II. - M. Poplawski recherche alors si la conception de notre ancien Droit qui voyait dans tout privilège, un droit réel a été ou non modifiée sous l'empire du Code civil.

D'après lui l'examen des travaux préparatoires du Code démontre que ses rédacteurs ont sur ce point entendu consacrer l'ancienne jurisprudence (V. sur ce point, ses développements, p. 278 et s.).

M. Poplawski recherche ensuite la confirmation de cette opinion dans l'analyse et l'examen des textes mêmes du Code civil.

Il met tout d'abord à part les privilèges immobiliers spéciaux et les privilèges mobiliers spéciaux reposant sur un gage exprès ou tacite dont tout le monde, dit-il, reconnaît le caractère de droits réels. Seuls resteraient donc en cause les privilèges généraux et les autres privilèges mobiliers spéciaux; l'auteur s'attache à démontrer qu'ils sont eux aussi des droits réels (thèse citée, p. 286 et s.).

1° A cet effet, il invoque tout d'abord l'intitulé même du Titre XVIII « Des Privilèges et des Hypothèques » : « Doit-on dit-il, tenir le fait par le législateur d'avoir joint ainsi dans cette rubrique un droit incontestablement réel: l'hypothèque, et le privilège comme un rapprochement pure-

ment et exclusivement formel? N'éveille-t-il pas aussi, surtout lorsqu'on l'apprécie à la lumière de l'histoire, l'idée d'une assimilation même des deux droits, d'une communauté de nature qui peut seule justifier entièrement le plan adopté par les rédacteurs du Code? On dira peut-être que c'est seulement l'analogie que le privilège et l'hypothèque présentent en dispensant l'un et l'autre ceux qui en bénéficient de concourir avec les autres créanciers, qui a amené le législateur à en traiter dans le même titre. Mais n'est-il pas beaucoup plus vraisemblable que si sauf cette analogie, le législateur avait vu une notable différence de nature entre les deux catégories de droits, il en aurait réparti l'examen dans deux titres distincts? ».

2° D'autre part, ajoute M. Poplawski, « il est constant qu'une partie des droits appelés privilèges par les rédacteurs du Code sont des droits réels; n'est-il pas dès lors purement arbitraire d'établir entre ceux-là et les autres une distinction qui n'est nulle part formulée dans les textes? ». Puisque les uns sont des droits réels, il y a au moins, dit M. Poplawski, une « présomption que tous le sont ».

3° M. Poplawski tire ensuite argument tant du texte de l'article 2099 qui parle de privilèges *sur* les meubles ou *sur* les immeubles que de l'intitulé des sections et des paragraphes du Chapitre II, du Titre XVIII où se retrouve cette expression. Cela prouve dit-il que le législateur a conçu le privilège comme « un droit *sur* un bien ou *dans* la chose », un *jus in re* d'autant plus que « ces expressions sont analogues à celles de nos anciens auteurs » pour lesquels elles désignaient le droit réel.

4° M. Poplawski soutient que l'absence du droit de suite dans les privilèges mobiliers n'est pas « la conséquence de la nature même du privilège » mais « d'un principe extrinsèque protecteur des droits des tiers possesseurs ». c'est-à-dire de l'application de l'article 2279 et ne peut par conséquent enlever à ces privilèges le caractère de droits réels (op. cit., p. 291-293).

5° M. Poplawski posant alors le problème des privilèges généraux, se demande s'il existe « un obstacle invincible empêchant certains privilèges d'être des droits réels ». Pour lui la généralité de ces privilèges n'est pas incompatible

avec le caractère de droits réels : « La seule différence qu'il y aura à faire entre le privilège ne portant que sur un certain bien et un privilège susceptible de s'exercer sur chacun des biens sera que, pour que le premier produise effet, il faudra que les deniers distribués soient précisément ceux provenant du bien affecté au privilège, tandis qu'on pourra faire valoir le second dès que le prix d'un bien quelconque compris dans le patrimoine et valablement saisi sera mis en distribution; mais il n'y a pas là matière à une différence essentielle et nécessaire de nature; il y a simplement lieu à différence dans le nombre des biens grevés du privilège ». (op. cit., p. 294 et s.). Il invoque par ailleurs l'exemple des hypothèques générales. Enfin, rappelant que la plupart des auteurs classiques ont admis que les privilèges généraux constituaient des droits réels lorsqu'ils s'exercent sur des immeubles, il se demande « s'il est rationnel et juridique de faire varier la nature d'un droit avec celle du bien sur lequel il s'exerce, au gré de circonstances souvent fortuites ? » (op. cit., p. 298).

Il conclut donc qu'« il n'y a pas d'impossibilité théorique, d'obstacle légal à ce que les privilèges généraux soient des droits réels »; or, dit-il, « l'histoire, les travaux préparatoires et les textes mêmes du Code, nous fournissent assez d'arguments pour nous convaincre qu'ils sont effectivement des droits réels ».

III. - En résumé, pour M. Poplawski « dans le droit du Code, comme à la fin du droit antérieur, tous les privilèges qu'ils soient généraux ou spéciaux, qu'ils soient mobiliers ou immobiliers, ont une nature identique, un caractère commun; celui d'être des droits réels » (op. cit., p. 298). Les principales conséquences de ce caractère seront l'indivisibilité des privilèges et le droit de suite sous réserve de l'application de l'article 2279, en ce qui concerne les privilèges mobiliers.

Cependant l'auteur se demandant en conclusion de son étude (p. 311 et s.) quels sont les caractères spécifiques du privilège, écrit « Il faut reconnaître qu'il n'existe pas de caractère véritablement spécifique du droit de privilège en Droit moderne. Les privilèges présentent tous ce caractère commun d'être des droits réels; mais ce n'est pas là un caractère spécifique, car il ne leur est pas réservé » (op. cit. p. 333).

Aussi distingue-t-il entre les privilèges mobiliers et immobiliers (pp. 312 et s.). « Dans le domaine des sûretés réelles immobilières le nom de privilège ne s'applique qu'à celles concédées par la loi sur le fondement de la qualité de la créance » (op. cit., p. 315). Au contraire, pour des raisons historiques, « les privilèges mobiliers englobent dans le système du Code civil, toutes les sûretés réelles permettant à des créanciers de se faire payer sur le prix des meubles; mais cela même a cessé d'être vrai depuis l'apparition des hypothèques mobilières et notamment de l'hypothèque maritime » (op. cit., p. 320 et s.).

En définitive le seul caractère commun aux privilèges énumérés par le Code civil serait d'être des droits réels entraînant un droit de préférence fondé sur autre chose que l'ordre de priorité dans le temps (op. cit., p. 332).

Le caractère artificiel de la classification du Code apparaît surtout depuis la réapparition de l'hypothèque mobilière. « Il est irrationnel que de deux sûretés conventionnelles de même nature, l'une engendre un privilège, l'autre une hypothèque » (op. cit., p. 335).

IV. - M. Poplawski n'est pas le seul auteur à avoir voulu ramener tous les privilèges à la notion de droit réel. La même thèse a été soutenue par M. G. Briault (*De la notion du privilège en droit civil français*, Thèse, Paris, 1911). (1) Nous n'analyserons pas ici son étude, les explications qui précèdent suffisant amplement à donner un aperçu de la théorie du privilège considéré comme droit réel. Nous citerons simplement la conclusion à laquelle aboutit cet auteur et qui, il faut l'avouer, une fois le point de départ, c'est-à-dire la qualité de droit réel attribuée au privilège, étant admis, ne manque pas de logique : « Au fond, écrit M. Briault, (thèse citée, p. 198 et s.) hypothèque et privilège sont deux droits de même nature dont l'un seulement est supérieur à l'autre. Il n'y a d'autre différence entre eux qu'une différence de rang. Pourquoi, en présence de cette identité ne pas conclure en tenant compte de leur ordre respectif que le privilège

(1) V. aussi E. Jourdan, *Evolution et formes du crédit réel mobilier*, Thèse Montpellier 1934, p. 73.

n'est pas autre chose qu'une hypothèque munie d'un rang de faveur, c'est-à-dire une hypothèque privilégiée ». Cela est admis pour les privilèges immobiliers spéciaux « mais un droit ne peut changer de nature avec l'objet sur lequel il porte... Il est aussi difficile de dire qu'une hypothèque n'est pas de même nature qu'une autre parce que celle-ci précède celle-là, qu'il est impossible de prétendre que le privilège diffère de l'hypothèque en invoquant la seule différence véritable, de la préférence de l'un à l'autre... Le privilège n'est qu'une espèce dont le genre est l'hypothèque » (op. cit., p. 200).

Section II.

Examen critique des controverses sur la notion de privilège en Droit français. - Solution proposée : Le privilège conçu non comme un droit en lui-même, mais comme la « qualité » ou la « propriété » au sens scientifique et philosophique du terme, soit d'un droit de créance, soit d'un droit réel de garantie, lui conférant un rang spécifique de préférence.

Par tout ce qui précède, on a pu se rendre compte des incertitudes et des divergences qui subsistaient en doctrine au sujet de la notion de privilège, au moment où M. le professeur Bonnecase entreprenait dans le tome V de son *Supplément au Traité de Baudry-Lacantinerie* (p. 437 à 510) d'examiner à nouveau le problème et d'en proposer une solution nouvelle. Si nous n'avons pas fait figurer ce nouvel effort doctrinal dans la section précédente, c'est qu'il nous fournit les éléments de la solution que nous croyons devoir adopter relativement au problème de la nature et des caractères spécifiques de la notion de privilège en Droit français. Nous exposerons donc ici le système préconisé par cet auteur en prenant

pour base tant les développements qu'il lui a consacrés dans l'ouvrage précité que ceux plus brièvement consignés par lui dans son *Précis de Droit civil*, II, n° 880 et s., p. 621 et s., cet exposé contenant en lui-même l'examen critique des autres conceptions doctrinales faisant l'objet du chapitre précédent.

On peut, comme l'a d'ailleurs fait l'auteur lui-même dans son *Précis* (op. cit, n^os 883 et s., p. 626 et s.) résumer ce système dans les trois propositions suivantes :

1° La notion de privilège répond dans notre Droit à une seule et même nature spécifique, ce qui implique le rejet des thèses pluralistes qui ont à leur base une distinction des privilèges en diverses catégories n'ayant pas la même nature juridique.

2° Cette notion ne peut pas être ramenée à la notion de droit réel, ce qui implique le rejet des conceptions de MM. Poplawski et Briault.

3° Le privilège n'est pas un droit mais bien une qualité ou mieux encore une « propriété » inhérente, soit à un droit de créance, soit à un droit réel de garantie, et se traduisant par un rang spécifique de préférence accordé à ce droit.

Nous consacrerons à l'étude de chacune de ces propositions un paragraphe distinct.

§ 1. *La notion de privilège répond dans notre Droit à une seule et même nature spécifique.* — L'examen attentif des textes contenus dans le titre XVIII, *Des privilèges et des hypothèques* du livre III, du Code civil, ainsi que de l'ordre dans lequel ces textes sont disposés et combinés démontre avec évidence que le Code a entendu consacrer une notion de privilège rigoureusement une et que les diverses catégories de privilèges énumérés dans les articles 2101, 2102 et 2103, du Code civil ne sont que des variantes ou si l'on veut des variétés de cette notion unique. Contrairement à l'opinion émise par certains auteurs, notamment par M. Poplawski, (V. aussi Planiol, Ripert et Becqué, XII, *Sûretés réelles*, p. 9 et s.), on peut dire avec M. Bonnecase (*Précis*. II, n° 883) qu« 'il n'est pas dans le Code civil une partie plus rationnellement ordonnée que celle relative aux privilèges ».

Dans un chapitre I, intitulé « *Dispositions générales* » le Code pose en quelque sorte les bases de l'organisation du crédit mobilier et immobilier et situe à cette occasion dans l'article 2094 les institutions du privilège et de l'hypothèque sous le rapport de leur fonction : elles viennent différencier les créanciers entre eux.

Viennent ensuite deux chapitres dont chacun est respectivement consacré à l'une de ces deux institutions. Chacun de ces chapitres est divisé en plusieurs sections précédées elles-mêmes d'un préambule qui les domine du fait des notions générales y consignées.

De l'intitulé même des divisions et subdivisions auxquels il procède, il résulte que le Code distingue plusieurs catégories de privilèges et d'hypothèques. En ce qui concerne les privilèges qui forment comme nous le savons la matière du Chapitre II, la loi distingue deux grandes catégories : privilèges mobiliers et privilèges immobiliers, chacune d'elles comprenant des privilèges généraux et des privilèges spéciaux, étant précisé en outre que les privilèges généraux forment une seule série portant aussi bien sur chacun et sur la généralité des meubles que sur chacun et sur la généralité des immeubles.

En ce qui concerne les hypothèques, le Code en organise trois variétés dont chacune fait l'objet d'une des trois premières sections du Chapitre III : Hypothèques légales, judiciaires et conventionnelles.

Dans chaque chapitre, les sections consacrées aux diverses catégories de privilèges et d'hypothèques sont précédées d'un préambule où sont consignées les notions générales qui embrassent l'ensemble des diverses catégories faisant l'objet des sections particulières. A cet égard, il y a un parallélisme frappant entre la disposition des deux chapitres et les articles 2114 à 2117 qui contiennent l'énoncé de la notion d'hypothèque forment absolument le pendant si l'on peut dire des articles 2095 à 2098, relatifs à la notion de privilège. En présence des articles 2114 à 2117, tout le monde a toujours été d'accord pour voir dans l'hypothèque une notion d'essence unique dont la définition nous est donnée par l'article 2114 et qui ne varie pas avec le caractère légal, conventionnel ou judiciaire de l'hypothèque.

Le problème se pose donc ainsi : « Existe-t-il entre la série des articles 2114 et suivants et la série des articles 2095 et suivants une différence de rédaction telle qu'il faille adopter sur la question de l'existence ou de la non-existence d'une notion de privilège invariable dans son essence, une solution opposée à celle acceptée pour la notion d'hypothèque? La négative va d'elle-même car le parallélisme entre les deux séries de texte est patent. De même que le législateur a donné une définition de l'hypothèque dans l'article 2114, définition qui commande toute la réglementation du système hypothécaire, il a consigné de même une définition du privilège dans l'article 2095 où il est dit « Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers même hypothécaires ». La notion est confirmée dans l'article 2096 qui déclare « Entre les créanciers privilégiés la préférence se règle par les différentes qualités des privilèges » et dans l'article 2097 : « Les créances privilégiées qui sont dans le même rang sont payées par concurrence ». « Qualité », « préférence », deux termes techniques qui se répètent. Nulle part, ils ne seront contredits. Le législateur se contentera d'appliquer aux meubles et aux immeubles la notion de privilège. Il ne reste donc plus, l'existence d'une notion de privilège étant ainsi certaine, qu'à analyser le contenu de cette notion ». (J. Bonnecase, *Précis de droit civil*, II, n° 888, p. 628). Par conséquent, puisque la distinction des hypothèques conventionnelles, légales et judiciaires, laisse subsister intacte la notion même d'hypothèque qui est la même pour ces trois catégories d'hypothèques, il en sera de même, à l'égard de la notion de privilège, de la double distinction des privilèges mobiliers et immobiliers d'une part et des privilèges généraux et spéciaux d'autre part. Nous nous trouvons du coup avoir rejeté les théories qui n'admettent pas pour tous les privilèges une nature identique; il est impossible si l'on veut tenir compte des textes, d'admettre que les privilèges ont une nature différente suivant qu'ils sont généraux ou spéciaux, mobiliers ou immobiliers, ou à plus forte raison de dire que les privilèges généraux changent de nature suivant qu'ils s'exercent sur des meubles ou sur des immeubles.

§ 2. *La notion de privilège ne correspond pas à la notion de droit réel.* — La question de savoir si la notion de privilège peut s'absorber dans celle de droit réel, nous paraît être résolue par la négative à l'aide d'un simple rapprochement entre la proposition précédente et la notion même de droit réel telle que nous l'avons dégagée plus haut (V. p. 399 et s.).

« Etant donné d'une part que la notion de privilège est une et d'autre part, qu'il existe des privilèges généraux, il ne peut être question de faire du privilège un droit réel » (J. Bonnecase, *Précis*, II, n° 889, p. 629). En effet de nos développements antérieurs il résulte que le droit réel a toujours pour objet une chose individualisée, un bien déterminé, même quand il s'agit d'un droit réel de garantie.

C'est à tort que les partisans de la « réalité » du privilège tirent à ce sujet un argument de la généralité de certaines hypothèques légales et des hypothèques judiciaires; en effet si ces hypothèques grèvent tous les immeubles présents du débiteur et peuvent venir frapper au moment de leur acquisition par celui-ci, les immeubles qu'il peut acquérir par la suite, l'hypothèque même générale ne peut jamais exister en tant que droit réel que sur des immeubles déterminés.

On peut ajouter qu'à un autre point de vue encore il est impossible de ramener la notion de privilège à celle du droit réel. Nous avons indiqué en effet que le droit réel ne pouvait jamais avoir pour objet qu'une richesse c'est-à-dire une chose matérielle; or d'une part si l'on admet, comme nous le démontrerons plus loin, que c'est à bon droit que le Code reconnaît un privilège au créancier gagiste, il ne peut être question de voir dans ce privilège un droit réel lorsqu'on se trouve en présence du gage de créances ou d'œuvres intellectuelles, c'est-à-dire de biens incorporels puisque ceux-ci ne constituent pas des richesses; d'autre part, on sait que l'on a soutenu qu'il pouvait exister des privilèges ayant pour objet des créances (Labbé, *Rev. critique*, 1876, p. 571 et 665; Notes au S, 85, 1, 409, et 86, 2, 49; Balleydier, *Rev. critique*, 1886, p. 415, 523 et 568; Tarbouriech et Darras, *Annales de dr. commercial*, 1889, n° 6) et que l'on admet ordinairement que cette théorie a été consacrée législativement par les lois du 19 février 1889 et du 28 mai 1913; là encore, que l'on considère avec les auteurs précités que l'objet du droit est le

droit de créance lui-même, ou comme nous le pensons, conformément à la nature que nous avons attribuée au gage de créances, la valeur économique de la prestation due par le débiteur, ces privilèges ne peuvent être considérés comme des droits réels parce que n'ayant pas pour objet une chose matérielle ou sa valeur.

L'existence des privilèges généraux, des privilèges sur les créances et du gage de biens incorporels suffit donc à démontrer que la notion de privilège si elle est une, ne peut être incluse ou absorbée dans celle de droit réel, ce qui nous permet de rejeter les conceptions de MM. Poplawski et Briault. Mais ce n'est là qu'un résultat négatif; il nous faut maintenant préciser le contenu positif de la notion de privilège.

§ 3. *Contenu positif de la notion de privilège - Le privilège n'est pas un droit en lui-même, mais la « qualité » ou la « propriété » au sens scientifique et philosophique du terme, inhérente soit à un droit de créance, soit à un droit réel de garantie. et se traduisant par un rang spécifique de préférence accordé à ce droit.* —

La plupart des difficultés soulevées en doctrine par la notion de privilège proviennent de ce que l'on a vu le plus souvent dans le privilège s'exerçant sur un bien déterminé ou sur l'ensemble des biens du débiteur un tout indécomposable, un droit en lui-même englobant toutes les prérogatives qui étaient reconnues au créancier sur ce bien ou cet ensemble de biens. Une telle conception n'était pas celle du Droit romain où le privilège n'était originairement qu'une préférence accordée à certains créanciers chirographaires qu'à raison de la qualité de leur créance, on distinguait des autres, bien que leurs droits fussent de même nature; c'est bien ce qui indiquait le terme de *privilegium inter personnales actiones* que Planiol traduit par le terme d'« action chirographaire privilégiée »; la création par Justinien d'une hypothèque privilégiée au profit de la femme mariée pour le recouvrement de sa dot, ne vint pas modifier ce caractère du *privilegium*, mais simplement consacrer la possibilité d'adjoindre cette préférence à des droits réels, à des hypothèques pour leur permettre de primer les hypothèques antérieures par leur date. Le privilège ainsi conçu est « un droit accessoire sans caractère théorique propre, mais doué d'une portée

pratique considérable, puisqu'il met la créance dont il est l'accompagnement avant les autres de même espèce... Il ne modifie en rien la nature du droit auquel il s'adjoint; c'est un *produit neutre* théoriquement parlant qui n'altère pas les données initiales du droit, un *adjuvant incolore* ». (Briault, thèse citée, p. 106 et s.; Poplawski, thèse citée, p. 90-94). Dans notre ancien Droit, cette notion du privilège élément accessoire venant se greffer, soit sur une créance chirographaire, soit sur un droit réel de garantie et ayant pour effet de les rendre préférables aux droits de même catégorie, a disparu et a été remplacée par la notion de privilège réel; celle-ci provient de ce que l'on n'a plus distingué dans le privilège immobilier spécial, le privilège proprement dit du droit réel auquel il vient s'ajouter et de ce que l'on a considéré l'ensemble comme un droit unique s'exerçant sur un immeuble ; cette notion a ensuite été étendue à tous les privilèges (Briault, thèse citée, p. 116; Poplawski, p. 135 et s.).

Or avec cette conception qui est restée celle de la plupart des auteurs modernes, il est impossible quoiqu'en disent les partisans de la thèse de la « réalité » d'assigner une nature identique aux privilèges immobiliers spéciaux et aux privilèges généraux; or nous avons vu que l'examen des textes du Code civil démontrait l'existence dans notre Droit d'une notion de privilège rigoureusement unique dont la nature est identique pour tous les privilèges. On ne peut aboutir à ce résultat qu'en admettant que le privilège est un élément additionnel venant s'adjoindre à des droits de nature différente, mais qui conserve par lui-même une nature identique; autrement dit en admettant qu'il s'agit là de la « qualité » (art. 2095) ou plus exactement de la « propriété » inhérente soit à un droit de créance chirographaire, soit à un droit réel de garantie qui a pour effet de lui assigner un rang préférable par rapport aux droits de créance ou aux droits réels de garantie qui en sont dépourvus, c'est-à-dire en revenant en grande partie à la conception romaine par dessus notre Ancien Droit.

II. - C'est à cette conclusion qu'aboutit en effet M. le professeur Bonnecase dans l'étude qu'il consacre à la notion de privilège dans le tome V, du *Supplément au traité de*

Baudry-Lacantinerie (p. 437 et s.). Cet auteur a ainsi résumé sa conception dans son *Précis de droit civil*, II, n° 890, p. 629).

« C'est d'elle-même que surgit la proposition fondamentale positive placée en tête du présent paragraphe et aux termes de laquelle le privilège n'est pas un droit, mais bien la *qualité* d'un droit, ou encore comme nous l'avons dit, la *propriété* d'un droit au sens scientifique et philosophique du terme. Cette « propriété » se traduit d'une manière uniforme et invariable par un rang spécifique de préférence, un rang qui n'est pas par lui-même un droit réel. Ce dernier point est de toute évidence, puisque l'article 2095 pose en principe que le privilège entraîne par sa propre force, un rang préférable à celui de l'hypothèque; il n'en serait pas ainsi si le privilège n'était qu'un droit réel. Autre argument dans le même sens tiré de l'article 2096 : même entre privilèges, il y a une hiérarchie et cette hiérarchie découle des qualités respectives des divers privilèges. Donc le privilège est une qualité et une qualité variable dans son intensité, mais toujours exclusive, prise en elle-même, du droit de préférence, qu'emporte avec lui le droit réel ».

« Tout n'est pas dit de la sorte. Cette « propriété », dite privilège constitutive d'un rang spécifique de préférence, aboutit toujours par la force même des choses, à avantager un créancier. Seulement, sous le rapport des apparences, le privilège se présente comme une qualité inhérente aussi bien à un droit réel de garantie qu'à un droit de créance.

On se trouve dans la deuxième hypothèse en face des privilèges généraux, comme aussi des privilèges mobiliers spéciaux autres que ceux reposant sur l'idée de gage. Dans ces cas là en effet, on est en contact avec une créance chirographaire et non point avec un droit réel. Par l'attribution du privilège, la créance chirographaire se transforme en créance privilégiée.

On est au contraire dans le premier cas, avec les privilèges immobiliers spéciaux et les privilèges mobiliers spéciaux reposant sur l'idée de gage. Rien ne le prouve mieux que le terme dont use unanimement la doctrine pour qualifier les privilèges immobiliers spéciaux. Ce sont dit-elle des hypothèques privilégiées. L'article 2113 dont nous avons déjà fait état, est encore plus significatif dans le même sens

si l'on peut dire, puisqu'il vient déclarer que lorsque le privilège immobilier spécial a disparu, faute de l'accomplissement des formalités de publicité, la créance privilégiée, n'en demeure pas moins une créance hypothécaire; c'est donc que le privilège venait fortifier le droit réel d'hypothèque dont la créance était pourvue ».

« Et c'est ainsi que le privilège vient toujours au fond renforcer une créance et la transformer; seulement, cela se fait tantôt d'une manière directe et immédiate comme c'est le cas en matière de privilèges généraux, et tantôt d'une manière indirecte et médiate, comme c'est le cas en matière de privilèges immobiliers spéciaux. Ce qui importe c'est de constater que pratiquement un privilège se greffe tantôt sur un droit de créance et tantôt sur un droit réel. Au fond ce n'est d'ailleurs pas là une nouveauté; c'est purement et simplement le système du Droit romain qui a été transposé dans notre Droit actuel en passant par dessus l'ancien Droit »

III. - M. le professeur Bonnecase précise ainsi la partie pratique de la solution proposée par lui relativement à la notion de privilège, notamment en ce qui concerne les questions de l'indivisibilité et du droit de suite (*Précis*, II, n° 893, p. 632) : « Notre solution a l'avantage de faire disparaître l'une des complications qui encombrent encore présentement la notion de privilège. A. Colin et Capitant relèvent que l'intérêt de savoir si le privilège est un droit réel réside dans le fait que l'affirmative conduit à doter les privilèges du droit de suite et à voir en eux des droits indivisibles. Ce problème n'existe plus pour nous, le droit de suite et l'indivisibilité étant liés non plus à la notion de privilège, mais bien à la nature du droit qui se trouve être privilégié. Si ce droit est un droit de créance, il ne peut être question d'indivisibilité ou de droit de suite; il en va autrement avec un droit réel sous réserve de la règle « En fait de meubles possession vaut titre ».

IV. - La conception ainsi présentée résoud la plupart des anomalies et des difficultés que présentait la matière des privilèges avec les théories antérieures; elle permet de comprendre que la diversité apparente des droits énumérés par les articles 2101 à 2103 n'exclut pas l'unité fondamentale de la notion de privilège; puisque, ce qui varie avec les diverses

catégories de privilèges, ce n'est pas cet « adjuvant incolore », ce « produit neutre », pour reprendre les expressions de M. Briault, caractérisant la conception romaine, qu'est le privilège, mais les droits auquel il est joint. La théorie de M. le professeur Bonnecase est la seule à cadrer parfaitement avec la notion de privilège telle que l'a défini l'article 2095 du Code civil et à se concilier avec tous les textes du Code civil relatifs aux privilèges; ainsi que nous le verrons bientôt, elle permet de résoudre le problème du privilège attribué au créancier gagiste, qui a pour la plupart des auteurs constitué un obstacle insurmontable pour ceux qui auraient voulu ramener la notion de privilège à une unité rigoureuse.

Remarquons d'ailleurs qu'à la vérité, la nature de privilège telle qu'elle résulte de cette conception avait été en partie aperçue en ce qui concerne les privilèges généraux et les privilèges immobiliers spéciaux par MM. Planiol et Badoui. Nous savons en effet que ces auteurs voient en principe dans le privilège une « priorité », un « tour de faveur » accordé à certains créanciers et qu'ils qualifient les privilèges généraux « d'actions chirographaires privilégiées ». et les privilèges immobiliers spéciaux d'« hypothèques privilégiées ». Notamment en ce qui concerne ces derniers, M. Badoui (thèse citée, p. 93) avait parfaitement distingué le privilège propremnt dit du droit réel sur lequel il vient se greffer : « Existe-t-il en réalité, écrit cet auteur, des privilèges réels? Nous ne le croyons pas... Le privilège qui se trouve dans les hypothèques privilégiées c'est-à-dire la préférence aux créanciers hypothécaires en dépit de la règle de date, n'est qu'un *rapport personnel indépendant de la réalité* de l'hypothèque qui fournit à elle seule *tout l'élément réel du droit* ». Le même auteur (thèse citée, p. 160 et s.) fait remarquer que le privilège général n'est autre chose que « le *droit de gage général* qui appartient à tous les créanciers, *distingué* lors de la distribution du prix par un *tour de faveur*, et puisqu'il ne peut être question de la réalité du droit de gage général, il doit en être de même d'une manifestation distinguée de ce même droit ».

Seulement, outre que ces expressions caractérisent plutôt les effets du privilège que sa véritable nature juridique, ces

auteurs n'ont pas appliqué cette conception aux privilèges mobiliers spéciaux.

En ce qui concerne les privilèges mobiliers spéciaux dérivant du gage, ils leur ont dénié la qualité de privilèges, en se refusant à faire à leur égard la distinction qu'ils opéraient pour les privilèges immobiliers spéciaux entre le privilège proprement dit et le droit réel auquel il vient s'adjoindre.

En ce qui concerne les autres privilèges mobiliers spéciaux, si l'on peut dire que l'idée d'une assimilation quant à leur nature juridique aux privilèges généraux est bien impliquée par leurs développements, ils ne l'ont nulle part exprimée nettement parce que, comme nous l'avons fait remarquer plus haut, il leur paraissait impossible d'étendre à ces privilèges l'idée de « créance chirographaire privilégiée » qui exprime la nature des privilèges généraux, la notion de créancier chirographaire leur paraissant incompatible avec l'établissement d'un rapport entre la créance et un bien déterminé du débiteur.

Or cette impossibilité disparaît si l'on admet que dans certains cas un créancier peut être en relations avec un élément déterminé du patrimoine du débiteur sans avoir nécessairement un droit réel de garantie; ou en d'autres termes si l'on admet la notion de créancier chirographaire à gage spécialisé. Dès lors on pourra dire que l'on se trouve avec les privilèges mobiliers spéciaux autres que ceux dérivant du gage en présence de créances chirographaires à la fois privilégiées et spécialisées; ou autrement dit que le droit de gage général du créancier s'étant en quelque sorte à raison des circonstances fixé sur un élément particulier du patrimoine du débiteur, la « qualité » ou la « priorité » qui est l'essence même la notion de privilège est ici inhérente à un droit de créance chirographaire à gage spécialisé, ce qui explique que le rang préférentiel par lequel elle se traduit n'appartienne au créancier que relativement à un bien déterminé.

La notion de privilège en général étant ainsi dégagée, il nous reste à en faire l'application au cas du gagiste qui fera l'objet des deux sections suivantes.

Section III.

Les controverses sur la notion de privilège et le droit de gage. - Le créancier gagiste a-t-il un privilège? Doutes exprimés par la Doctrine à ce sujet.

Nous ne reviendrons pas sur l'insistance avec laquelle le Code civil parle du « privilège » du créancier gagiste, ayant déjà fait état des textes qui contiennent cette qualification (V. 1re partie, p. 48).

Cependant, malgré le caractère formel des textes, c'est une opinion accréditée chez la grande majorité des auteurs, qu'il y aurait là une erreur du législateur et que ce prétendu « privilège » ne serait autre que le droit réel de gage lui-même ou encore le droit de préférence résultant de ce droit réel et non un privilège proprement dit.

I. - Les auteurs classiques tout en conservant au droit du gagiste sa dénomination de privilège n'en faisaient pas moins à cet égard une distinction très nette entre ce privilège et les autres. D'après eux la définition de l'article 2095 ne pouvait s'appliquer en aucune manière au gagiste.

C'est ainsi que Baudry-Lacantinerie et De Loynes (*Du nantissement, des privilèges et des hypothèques*, I, n° 91) écrivent à ce sujet. « Sous l'empire du Code les meubles ne sont pas susceptibles d'hypothèques (art. 2119). La seule cause de préférence dont ils peuvent être affectés consiste dans des privilèges. C'est donc la seule dénomination qui puisse convenir à la garantie née du contrat de gage. Mais cette sûreté présente des *caractères particuliers* qu'il est important de faire ressortir.

D'après les principes du Code, les privilèges ne peuvent être établis que *par la loi*, et ils consistent dans « le droit que la *qualité* de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers » (art. 2095) ».

« *Ici, nous ne rencontrons rien de pareil*; le privilège du créancier gagiste, s'il est consacré par la loi, résulte de *la volonté des parties*; il dépend d'*une convention* qu'il leur appartient de consentir ou de ne pas consentir. En outre il est

indépendant de la qualité c'est-à-dire de la cause de la créance; il peut être établi pour la sûreté de toute créance, quelle qu'en soit la nature. *Ce privilège diffère ainsi de tous les autres privilèges; par ses caractères, il se rapproche de l'hypothèque conventionnelle.* Mais comme les meubles ne sont pas dans les principes du Code, susceptibles d'hypothèques, la garantie qui les affecte à la sûreté d'une obligation devient nécessairement un privilège... ».

La même opinion est exprimée par Pont (*Petits contrats*, II, n° 1083, p. 581) qui écrit que « dans la vérité des choses et dans la rigueur des principes, il s'agit moins ici d'un privilège proprement dit, d'un privilège dans le sens juridique du mot, que d'une hypothèque mobilière accompagnée, par exception à la règle en matière d'hypothèque du fait de la possession par le créancier de la chose sur laquelle porte son droit ». Laurent (XXVIII, n° 492, p. 493) tout en critiquant l'assimilation ainsi établie par Pont entre le gage et l'hypothèque et en rappelant les différences qui existent entre ces deux institutions, n'en admet pas moins lui aussi que « le privilège du créancier gagiste diffère du privilège en général » et voit en lui « un droit réel de préférence attaché à la possession du gage».

II. - Planiol (*Traité élémentaire*, II, n° 2435, p. 801) va encore plus loin que les auteurs classiques dans cette voie puisqu'il s'autorise des différences relevées par eux entre le droit du gagiste et les autres privilèges pour lui dénier catégoriquement la qualification de privilège : « Dans l'article 2102, 1° et 2°, écrit-il, la loi appelle « privilège » le droit de préférence des gagistes. Comp. article 2073. *Ce n'est cependant pas un privilège* au sens propre de ce mot; il n'y a de vrais *privilèges* que ceux qui sont accordés par des dispositions particulières de la loi à des *créanciers chirographaires*; or un créancier gagiste n'est pas un chirographaire, il a pourvu lui-même à sa sûreté; il est *muni d'une action réelle* et n'a que faire d'un privilège ».

« La préférence reconnue au gagiste est l'*effet direct et nécessaire de son droit réel de gage*, les droits réels n'étant pas soumis à la loi du concours. La loi n'avait donc pas à accorder de faveur à un créancier qui possède en vertu d'une convention, la meilleure des sûretés ».

Plus loin il écrit que le droit de préférence du gagiste « n'est nullement de la nature des privilèges » (op. cit., n° 2548) ou ne constitue qu'un « prétendu privilège » (op. cit., n° 2587); (V. aussi sur ce point, Planiol, Ripert et Becqué, XII, *Des sûretés réelles*, n° 5, p. 9 et n° 123, p. 122).

L'opinion qui refuse au droit du gagiste la dénomination de privilège a été également soutenue par Peyrebère (*Etude sur la nature des privilèges*, Thèse, Paris, 1904, p. 30 et s.) qui, reprenant la conception de Pont signalée plus haut, voit dans ce « privilège » une hypothèque mobilière et par Badaoui (thèse citée, p. 172) pour lequel « Le privilège du créancier gagiste n'est pas à proprement parler de la nature des privilèges parce qu'il constitue un des deux éléments qui sont la conséquence de la réalité du gage (suite et préférence) et qu'il est de plus indépendant de la qualité de la créance ».

Ainsi d'après ces auteurs, le gagiste n'aurait d'autre droit que son droit réel de garantie et ce que la loi appelle « privilège » serait simplement la préférence résultant de ce droit, au profit du gagiste vis-à-vis des autres créanciers sur le prix du meuble donné en gage. (1)

Il nous faut maintenant rechercher si cette opinion est exacte ou si au contraire, elle ne provient pas simplement d'une analyse insuffisante tant du droit du gagiste que du privilège en général.

---

(1) Voir dans le même sens, Jourdan, thèse citée, p. 74, et p. 90.

Section IV.

Solution proposée. - La notion de droit réel privilégié dans le gage de meubles corporels. - Le privilège du gagiste dans le gage de meubles incorporels.

I. - La solution que nous avons adoptée au sujet de la notion de privilège en général nous permet aisément de résoudre le problème que pose le cas particulier du gagiste. Puisque le privilège est la « qualité » ou la « propriété » inhérente à un droit de créance ou à un droit réel de garantie, il est évident qu'il n'y aura aucune contradiction à admettre que le créancier gagiste ait à la fois, tout au moins dans le gage de meubles corporels, un droit réel et un privilège inhérent à ce droit qui vient lui donner un rang préférable à celui qu'il obtiendrait s'il en était dépourvu.

C'est à cette solution que conduit logiquement la conception du privilège que nous avons adoptée ainsi que le montre très nettement M. le professeur Bonnecase (*Précis de Droit civil*, II, nº 892, p. 630 et 631).

Après avoir rappelé les textes qui attribuent expressément un privilège au créancier gagiste, il écrit : « On peut se demander dans ces conditions, comment a pu germer dans le cerveau d'un interprète du Code civil, l'idée que le gage n'était pas un privilège, mais un simple droit réel. En réalité, cela est dû à la fausse analyse de la notion de privilège. *Nous sommes avec le gage comme avec les privilèges immobiliers spéciaux en présence d'un droit de préférence privilégié se greffant sur un droit réel* ». « A cette solution, qu'oppose-t-on ? On oppose qu'en admettant l'existence d'un privilège au profit du créancier gagiste, on fausse la notion de privilège en ce sens, qu'on donne aux intéressés la possibilité de faire naître un privilège quand ils le voudront par la voie du contrat, alors que le privilège trouve essentiellement son origine dans la loi. Mais ce raisonnement est aussi critiquable que celui qui consisterait à dire que l'hypothèque légale de la femme mariée n'est pas concevable puisqu'elle est censée trouver son origine dans la loi et que pourtant elle est placée dans les mains des particuliers : ne dépend-il pas d'eux de

la faire naître en se mariant? Le même raisonnement pourrait encore être tenu à propos du privilège du vendeur de meubles ou du vendeur d'immeubles, puisque c'est au gré des parties que surgit ce privilège, en faisant une vente. Il est inutile d'insister sur le caractère absurde de pareils raisonnements. Le législateur a attaché un privilège à la constitution d'un gage et voilà tout. Ce qui le démontre mieux encore, c'est que lorsqu'il a décidé de constituer des hypothèques mobilières, c'est-à-dire des gages sans dépossession, il a su parfaitement s'en tenir à l'idée même de droit réel, en disant que ces gages n'auraient de rang qu'à compter de la publicité faite en conformité des prescriptions de la loi ».

« Ce qui prouve enfin la qualité de créancier privilégié du créancier gagiste, c'est que la loi fait concourir ce privilège avec les autres privilèges mobiliers. S'il ne s'agissait pas de privilège en l'espèce, cela serait absolument impossible à raison même de l'article 2095 qui pose d'une manière irrémédiable, le principe que le privilège prédomine d'une manière absolue sur les droits non privilégiés, qu'ils soient ou non des droits réels. Le texte a soin de déclarer que le créancier privilégié prime même les créanciers hypothécaires ». « Si on s'en était tenu à cette notion du privilège, « propriété » d'un droit, on ne serait pas tombé dans ces inexactitudes. Au lieu de cela, on a fondu le droit privilégié dans la notion de privilège ».

II. - Il nous apparaît donc à la lumière de la conception générale du privilège qui ressort de l'examen même des textes du Code, que c'est à tort que les auteurs ont contesté au créancier gagiste le privilège qu'il tient de la loi.

Ce privilège peut être adjoint soit au droit réel de gage dans le gage de meubles corporels, soit au droit de créance du second degré ou au droit intellectuel du second degré qui dérivent du gage de biens incorporels.

Dans tous les cas, il permet au créancier de primer certains créanciers privilégiés tels le vendeur comme cela résulte de la solution donnée expressément à propos du bailleur d'immeubles par l'article 2102, 4°; comme l'indique M. Bonnecase dans le passage que nous venons de citer, cela serait impossible à raison de la teneur de l'article 2095 du Code civil si le gagiste n'avait qu'un droit réel non privilé-

gié. Il suffit d'ailleurs de comparer, pour vérifier l'exactitude de cette affirmation, de comparer la situation du gagiste à celle du créancier nanti sur un fonds de commerce; alors que le gagiste prime en principe, sauf s'il est de mauvaise foi, le vendeur de meubles qui est aussi privilégié, le créancier nanti qui n'a reçu de la loi du 17 mars 1909 qu'un droit sans privilège, est primé par le vendeur du fonds de commerce si celui-ci a conservé son privilège dans les formes légales, même si le créancier nanti a pris inscription dans le délai de quinzaine qui est imparti au vendeur et avant celui-ci.

Aussi ne trouve-t-on pas le terme de privilège dans la loi de 1909; que le nantissement de fonds de commerce constitue un gage ou une hypothèque mobilière, ce qu'il y a de certain c'est que le droit réel ou intellectuel du second degré qu'il acquiert sur le fonds par l'effet du nantissement n'est pas doté d'un privilège.

C'est donc à bon droit selon nous que le Tribunal civil de Rambouillet, dans un jugement cité plus haut (V. 1re partie, p. 172) a fait prévaloir les privilèges généraux de l'article 2101 sur le droit résultant du nantissement.

On peut se demander à cet égard quelle est la situation du porteur d'un warrant agricole ou hôtelier. Les lois qui organisent ces sûretés donnent expressément au créancier un privilège et nous avons indiqué ci-dessus que la détention du titre appelé warrant lorsqu'elle est accompagnée des formalités de publicité voulues par la loi nous paraissait équivaloir à un transfert de possession à titre de gage. Nous en conclurons donc que ces créanciers bénéficieront du privilège du gagiste; toutefois cette solution ne doit pas être étendue aux immeubles par destination; pour ceux-ci, ces créanciers n'ont qu'un droit réel non privilégié analogue à une hypothèque et qui n'acquiert rang que par l'inscription; c'est pourquoi ces lois fixent le rang de ces créanciers en tant que leurs droits frappent des immeubles par destination, en cas de conflit avec les créanciers hypothécaires d'après les dates respectives de la transcription du warrant et de l'inscription d'hypothèque (art. 7 du décret-loi de 1935 pour les warrants agricoles, v. supra, p. 197; art. 2, dernier paragraphe, loi de 1913, pour les warrants hôteliers, V. supra, p. 210).

III. - Il nous reste à nous demander quel est le fondement du privilège ainsi attribué par la loi au droit de gage; il est évident que ce privilège est moins fondé sur la qualité de la créance garantie que sur la qualité de la sûreté elle-même qui bénéficie de ce privilège. C'est une faveur accordée par la loi au crédit réel mobilier; on n'a pas voulu que le gagiste fut primé par tous les créanciers privilégiés; il est apparu que l'affectation d'un meuble à la sûreté d'une créance, qu'elle dérive de la convention ou de la loi, ne pouvait être vraiment efficace, sauf dans certains cas, que si l'on reconnaissait au droit qui résulte de cette affectation une force particulière; c'est pourquoi l'on a attribué au droit de gage, la « qualité », la « propriété » d'entraîner au profit de son titulaire un rang préférentiel égal ou supérieur à celui qu'entraînait au profit d'autres créanciers le privilège dont ils étaient munis, avantageant ainsi du même coup la créance que la constitution de gage avait pour but de garantir.

CHAPITRE VI.

Les obligations du créancier gagiste et du constituant

Nous avons indiqué au cours de notre première partie que la constitution de gage faisait naître au profit du créancier gagiste deux obligations principales : celle de veiller à la conservation de la chose et celle de la restituer après avoir reçu payement. Nous avons également indiqué que le constituant pouvait éventuellement être tenu de certaines obligations envers le gagiste telles que celle de lui rembourser les dépenses qu'il a faites pour la conservation de la chose. Il nous faut ici examiner brièvement la nature et le caractère de ces obligations.

Section Première

Nature et caractères des obligations du créancier gagiste. - Sont-elles un effet du contrat de gage ou une conséquence du droit de gage ? - Existent-elles en cas de gage « tacite ? » en cas de gage sans détention ?

Nous ne reprendrons pas ici par le détail les obligations qui incombent au gagiste en ce qui concerne tant la conservation de la chose jusqu'au payement ou à la vente que sa restitution après l'extinction de la créance garantie, nous contentant de renvoyer sur ce point aux ouvrages généraux de droit civil.

Ce qu'il nous faut rechercher ici, c'est la source de ces obligations ainsi que leur nature et leurs caractères particuliers. A en croire les auteurs classiques, ces obligations naîtraient du contrat réel de gage et l'on sait même que d'après la théorie communément admise au sujet des contrats réels, l'obligation de restituer serait le principal effet du contrat, ce qui justifierait précisément, son caractère puisqu'on ne peut, dit-on, restituer que ce que l'on a reçu.

Nous avons vu au contraire que pour Planiol, l'obligation de restituer ne serait nullement contractuelle mais légale et ne différerait pas de celle à laquelle serait tenu un tiers détenteur qui n'aurait passé aucun contrat avec le propriétaire de la chose. Nous avons dit plus haut que cette théorie ne tenait aucun compte du caractère personnel de l'obligation de restituer qui incombait au gagiste, ou si l'on préfère de son caractère d'obligation proprement dite (V. supra, p. 35 et s.).

Mais dire que l'obligation de restituer et l'obligation de conservation sont des obligations personnelles ne veut pas dire nécessairement qu'elles dérivent de la volonté des parties; nous savons en effet que l'obligation contre partie d'un droit de créance peut apparaître comme toute situation juridique soit à la suite d'un acte juridique, soit à la suite d'un fait juridique (V. p. 57 et p. 249 et 250).

Il nous faudra donc nous demander quel est le rôle exact que joue dans la naissance de ces obligations le contrat de gage; cela nous conduit à nous demander si elles existent dans le cas de gage tacite ou légal; à vrai dire la question semble surtout théorique, car dans la plupart des cas dits de gage tacite, il existera entre les parties un contrat qui imposera déjà au gagiste les obligations de restitution et de conservation.

Enfin on peut se demander dans quelle mesure ces obligations subsistent dans les cas de gage dits « sans dépossession » et qui ainsi que nous l'avons démontré plus haut seraient plus exactement dénommés gages sans détention.

A. - *Gage conventionnel.* — Nous avons reproduit dans notre première partie (V. p. 38 et 39) les critiques adressées par M. Plesmila (*Analyse critique de la théorie des contrats*

réels, Thèse, Paris, 1910, p. 98) à la théorie classique qui, pour démontrer que le gage est un contrat réel, fait de l'obligation de restituer l'objet principal de ce contrat. Il faut reconnaître que sur ce point tout au moins, son argumentation est très exacte. L'objet principal de l'accord de volontés que constitue le contrat de gage n'est pas et ne peut pas être cette obligation, mais la mise en mouvement des règles de droit qui régissent l'affectation de la valeur du bien donné en gage au paiement de la créance garantie. L'obligation de restitution n'intervient qu'accessoirement à cette affectation et à raison de la nécessité qu'elle implique de la mise en possession; il en est de même de l'obligation pour le gagiste de veiller à la conservation de la chose.

C'est parce que la loi a lié la naissance du droit réel (ou plus exactement pour englober le gage de biens incorporels, du droit de gage) à la possession du gagiste et dans la plupart des cas celle-ci à la détention matérielle de la chose ou du bien donné en gage que l'on a dû pour sauvegarder à la fois le droit de propriété et la possession du constituant imposer au gagiste l'obligation de veiller à la conservation de la chose et de la restituer après l'extinction du droit de gage.

Ces obligations nous apparaissent à la fois comme un effet de la qualité de détenteur pour le compte du constituant c'est-à-dire de représentant de celui-ci dans la possession qu'il conserve de la chose (V. plus haut, p. 276 et s.) attribuée au gagiste et comme une charge de son droit réel.

Elles peuvent être rapprochées des obligations sinon identiques tout au moins analogues imposées à l'usufruitier (V. à ce sujet Planiol, Ripert et Picard, III, Les *Biens*, n° 730, p. 772 et n° 832, p. 773; n° 872, p. 808) et des obligations *propter rem* qui apparaissent comme le complément indispensable, l'appareil externe de la jouissance des droits réels principaux (V. sur cette notion J. Bonnecase, *Précis*, I, nos 612, 639 et 653, II, nos 131 et s., p. 158 et s., et *Supplément au Traité de Baudry*, V, n° 153 et s., p. 314 et s.) sans d'ailleurs qu'il y ait là autre chose qu'une analogie résultant de ce que, dans les deux cas, des obligations au sens strict du terme sont l'accessoire d'une appropriation, appropriation d'une chose envisagée dans sa matérialité pour les droits réels principaux sur lesquels viennent se

greffer les obligations *propter rem*, appropriation d'une chose ou d'un bien envisagé dans sa valeur économique pour le droit de gage sur lequel viennent se greffer les obligations de conservation et de restitution, celle-ci n'apparaissant d'ailleurs qu'à l'extincton du droit et comme la consécration de celle-ci.

Est-ce à dire que le contrat de gage ne joue aucun rôle dans la naissance des obligations du gagiste ce qui reviendrait à dire qu'il ne mérite plus le nom de contrat, puisqu'il n'engendrerait aucune obligation et ne répondrait plus à la définition de l'article 1101 du Code civil? Evidemment non; le contrat de gage contribue dans une certaine mesure à engendrer les obligations du gagiste, puisque dans le gage conventionnel c'est lui qui, joint au fait de la possession, déclenche tout le mécanisme de l'institution; c'est parce que les parties ont convenu d'affecter tel bien à la garantie du créancier, que celui-ci aura, une fois mis en possession, l'obligation de veiller à la conservation de la chose et ultérieurement de la restituer lorsqu'il aura été payé ou que la créance garantie sera éteinte.

Remarquons même que les obligations du gagiste sont encore dans l'institution du gage, la partie la plus plastique si l'on peut dire, celle que les parties pourront dans une certaine mesure modeler à leur guise notamment en ce qui concerne l'obligation de conservation, en renforçant ou en atténuant la responsabilité du gagiste sur ce point, en lui imposant certains soins à donner à la chose ou en l'en dispensant.

En définitive nous arrivons en ce qui concerne les obligations du gagiste à la même conclusion qu'en ce qui concerne le droit de gage proprement dit envisagé au point de vue de sa source (V. supra, p. 251); ces obligations naissent des dispositions légales régissant le gage sous l'impulsion combinée d'un fait juridique, la mise en possession et d'un acte juridique, le contrat de gage.

Remarquons que lorsque le gage est détenu par un tiers convenu, ces obligations incombent à ce tiers qui est détenteur de la chose pour le compte du constituant en ce qui concerne la partie de la possession de celle-ci qui n'a pas été absorbée par le créancier gagiste. C'est ce tiers qui sera

responsable envers le constituant des altérations ou détériorations subies par la chose envisagée dans sa matérialité, de même qu'il serait responsable envers le gagiste de la diminution subie de ce fait par la valeur pécuniaire de la chose, objet de son droit. En aucun cas le gagiste ne pourrait être responsable des fautes commises par ce tiers détenteur même si celui-ci au lieu d'être désigné par la convention des parties, l'était par le jeu de certaines dispositions légales ou par une décision de l'autorité judiciaire (V. plus haut, p. 322). Tout ceci confirme le lien qui existe entre la possession et la détention de gagiste et les obligations de conservation et de restitution qui lui sont imposées.

On pourrait être tenté d'expliquer ce lien en disant que la remise de la possession joue ici le rôle d'une condition à laquelle serait subordonnées ces obligations; en réalité, il n'en est rien; en effet la condition est comme le terme, « un élément externe venant se surajouter aux éléments internes normalement constitutifs, » du contrat et venant « en contrarier le fonctionnement » (V. à ce sujet, J. Bonnecase, *Traité de droit commercial maritime*, n° 258, p. 262); ici au contraire la possession est un élément entrant dans le jeu normal du contrat que les parties ne pourraient éliminer et sans lequel on ne conçoit pas les obligations dont s'agit; force nous est donc de reconnaître qu'elle joue au même titre que le contrat le rôle d'élément générateur des dites obligations.

Remarquons enfin que ces obligations existent aussi bien dans le gage de biens incorporels que dans le gage de meubles corporels; seulement par la force même des choses, elles auront une physionomie différente suivant la nature du bien donné en gage parce que la possession et la détention des biens incorporels (c'est-à-dire des services ou prestations et des œuvres intellectuelles) diffèrent comme nous l'avons vu de celles des choses matérielles (v. plus haut, p. 271) C'est ainsi que dans le gage de créances, l'accomplissement de l'obligation de conservation devra s'adapter à la nature du bien donné en gage; il consistera par exemple dans la perception des intérêts, dans le recouvrement des effets de commerce, dans l'interruption de la prescription, dans l'inscription qui devra être prise par le gagiste du bénéfice de séparation des patrimoines pour les créances testamentaires;

de même dans le gage de créances, l'obligation de restitution comprendra d'une part, l'obligation de restituer les moyens matériels d'agir contre le débiteur, par exemple le titre de créance qui avait dû lui être remis, et d'autre part l'obligation de libérer, si l'on peut dire, la prestation donnée en gage en donnant main levée de la signification qui avait due être faite au débiteur du constituant et sans laquelle celui-ci ne pourrait pas payer entre ses mains. Dans tous les cas ce qui doit être sauvegardé pendant la durée du gage et rendu au constituant à son expiration, ce sera le libre usage de la chose, de la prestation ou de l'œuvre intellectuelle qui avait été donnée en gage.

B. - *Gage tacite.* — Normalement les obligations de restitution et de conservation s'imposent au gagiste aussi bien en cas de gage tacite qu'en cas de gage conventionnel. Le rôle joué dans celui-ci par le contrat de gage est ici rempli par le fait ou l'acte juridique d'où dérive sur le fondement de la loi, la créance garantie; à cette différence près qu'en l'absence de convention expresse de gage, la responsabilité et les obligations du gagiste sont régies uniquement par les dispositions légales, c'est-à-dire par les articles 2080 et 1137 du Code civil.

Au premier abord cette constatation semble inutile, puisque comme nous l'avons déjà souligné, dans la plupart des cas, il existera entre les parties un contrat qui imposera des obligations au gagiste, non point en tant que gagiste, mais en tant que débiteur en vertu d'un contrat synallagmatique de certaines prestations dont la créance garantie par le gage tacite n'est que la contre-partie. En laissant de côté le bailleur d'immeubles, à raison du caractère particulier de sa possession qui fait qu'en ce qui le concerne l'obligation de conservation par exemple perd à peu près tout son sens, nous voyons notamment que l'aubergiste et le voiturier sont tenus par les contrats d'hôtellerie et de transport, de donner certains soins à la chose, de veiller à sa conservation et de la restituer. Il semble donc inutile de leur imposer ces obligations en tant que gagistes. Remarquons cependant que l'obligation de restituer par exemple est nécessairement affectée par le gage qui est attribué à ces créanciers sur le double

fondement de la nature de leur créance et de la possession, puisque désormais la restitution ne leur sera plus imposée qu'une fois qu'ils seront payés. Il n'y a pas là comme le voudrait Planiol, l'effet d'une exception « *non adimpleti contractus* ou d'un droit de rétention, puisque ces créanciers ont sur la valeur des choses détenues un droit réel de garantie doté d'un privilège. L'obligation de restitution qui leur est imposée n'est donc plus celle qui résultait de leur contrat primitif, mais a les mêmes caractères que celle du gagiste.

De même, du moment que ces personnes conservent la garde des choses à eux confiées non plus pour exécuter les obligations dérivant pour elles du contrat originaire (du contrat de transport par exemple pour le voiturier), mais en garantie de leur créance, l'obligation de veiller à leur conservation change de caractère; elle n'est plus une obligation dérivant du contrat et venant s'ajouter à d'autres obligations, mais une charge de leur droit réel de gage. La conséquence en sera que ces obligations ne seront pas régies par les stipulations du contrat primitif, et que la responsabilité du créancier en tant que gagiste s'appréciera uniquement ainsi que nous l'avons dit plus haut d'après les règles établies par les articles 2080 et 1137 du Code civil.

Remarquons qu'ici encore ces obligations s'adapteront à la nature de la possession conférée au gagiste et du bien donné en gage. C'est ainsi par exemple que pour le bailleur, l'obligation de restituer se traduira par celle de donner main-levée de la saisie gagerie qu'il aura pratiquée sur les meubles de son locataire. De même en cas d'affectation spéciale résultant du cantonnement d'une saisie arrêt (loi du 17 juillet 1907, art. 567 C.p.c.), l'obligation de restituer la somme consignée pesant sur le tiers entre les mains de qui elle a été déposée, l'obligation de restituer ne se traduira pour le gagiste que par l'obligation de donner main-levée de cette consignation.

C. - *Gage sans détention.* — Dans les cas de gage sans détention l'obligation de veiller à la conservation de la chose n'existe pas pour le gagiste puisque la détention matérielle reste au constituant. C'est au contraire celui-ci qui sera tenu vis-à-vis du gagiste de l'obligation de conserver, sinon la

chose elle-même, tout au moins la valeur de celle-ci, Le constituant ne devra donc accomplir aucun acte pouvant altérer ou diminuer cette valeur ou en frustrer le créancier; il répondra donc des détériorations ou dégradations matérielles subies par sa faute ou par sa négligence en tant q'elles affectent la valeur de la chose, et nous avons noté que cette règle était notamment susceptible d'application en ce qui concerne le gage accordé par la loi du 20 décembre 1934 aux vendeurs à crédit de véhicules automobiles. Nous avons également expliqué ci-dessus (V. p. 332) cette interversion des obligations respectives du gagiste et du constituant par l'interversion qui se produit dans le cas de gage sans détention dans les détention et possession partielles du gagiste et du constituant; celui-ci devenant détenteur de la chose envisagée dans sa valeur économique, alors que dans le gage ordinaire, c'est le gagiste qui est détenteur pour le compte du constituant de la chose envisagée dans son individualité organique.

Remarquons que le maintien de la détention au constituant a ici pour effet de rendre le contrat de gage synallagmatique en déplaçant une partie des obligations qui incombent d'ordinaire au gagiste de la tête de celui-ci sur celle du constituant.

L'obligation de restituer existe au contraire dans les gages sans détention; mais elle s'applique alors uniquement à ce qui a été transféré, c'est-à-dire à la possession partielle de la chose ou plus exactement de sa valeur à titre de gage; elle se traduit par l'obligation pour le gagiste d'annuler ou de restituer le titre qui représente entre ses mains la chose ou sa valeur et de mettre fin aux mesures de publicité qui révélaient son droit aux tiers; ce qui a pour effet de mettre fin à la détention partielle du constituant qui n'a plus la qualité de détenteur et n'est plus tenu des obligations qui en découlent (V. sur ce point, p. 333 et 349).

Section II

Nature et caractères des obligations éventuelles du constituant.

Nous ne nous occuperons pas ici des obligations qui incombent au constituant dans le gage sans détention puisque nous venons d'en faire état, mais uniquement des obligations éventuelles qui peuvent naître pour le constituant dans le gage normal entraînant le dessaisissement du débiteur, de faits survenus à l'occasion de la détention par le gagiste de la chose ou du bien donné en gage.

Nous savons que le constituant est tenu de rembourser au gagiste « les dépenses utiles et nécessaires » faites par lui pour assurer la conservation du gage (art. 2080, C. civ.), Il y a discussion sur le point de savoir si le terme de « dépenses utiles » englobe ou non les dépenses d'amélioration; on admet en général que le gagiste pourra obtenir le remboursement de celles-ci, mais seulement à concurrence de la plus-value qui'elles auront procuré à la chose (V. sur ce point, Baudry-Lacantinerie et De Loynes, I, nº 143, et Planiol, Ripert et Becqué XII, *Sûretés réelles*, nº 108, p. 109).

Le constituant serait aussi tenu de rembourser au gagiste le montant des dommages qui lui auraient été causés par la détention de la chose (art. 1947 C. civ.).

Nous nous sommes déjà expliqué sur le fondement et la source de ces obligations (V. supra, p. 56); nous savons qu'elles dérivent non du contrat mais du fait même des dépenses ou du dommage considéré comme fait juridique, sur le fondement tant des sources formelles (art. 2080, al. 2 et 1947 C. civ.) que des sources réelles des règles de droit.

Nous savons également que le remboursement de ces dépenses est garantie au gagiste par un droit de rétention (p. 56 et p. 355).

Remarquons qu'une interversion semblable à celle qui se produit pour les obligations du gagiste devrait avoir lieu ici, au moins en ce qui concerne les dépenses de conservation, dans les cas de gage sans détention. Le constituant devrait

pouvoir réclamer le remboursement de ces dépenses en tant qu'elles ont sauvegardé ou augmenté la valeur de la chose et les compenser à due concurrence avec sa dette. Mais pour faciliter l'usage des sûretés nouvelles qu'elles organisaient en même temps qu'à raison de l'intérêt qu'a le constituant lui-même en tant que propriétaire à faire ces dépenses, les lois sur les warrants agricoles, et sur les warrants hôteliers ont exclu par des dispositions formelles (art. Ier in fine, loi du 30 avril 1906, art. 1er, loi du 8 août 1913) tout droit à indemnité de ce chef au profit du débiteur constituant.

Avec l'examen des obligations respectives du gagiste et du constituant, nous avons terminé l'étude des diverses situations juridiques qui découlent de l'institution du gage. Il nous faut maintenant avant d'aborder la conclusion de cette étude comparer la situation du gagiste à celles des autres créanciers qui sont, comme lui, soustraits à la loi du concours et munis soit de sûretés réelles soit de droits spéciaux qui ressortissent tantôt au crédit réel tantôt au crédit personnel.

CHAPITRE VII.

Le droit de gage et les autres sûretés réelles.

Nous avons indiqué dans notre *Introduction* (V. p. 14) que l'institution du gage ressortissait à la notion de crédit réel qui n'était elle-même que la traduction économique de la notion de crédit objectif basé moins sur l'activité personnelle du débiteur que sur les biens qu'il possède envisagé dans leur valeur économique. Tout ce que nous avons dit au cours de cette étude confirme cette affirmation : nous nous trouvons bien, en ce qui concerne le droit de gage, en présence de l'affectation directe et immédiate au payement d'une créance d'un bien déterminé envisagé dans sa valeur économique et qui peut être, soit une chose matérielle, soit un service ou une œuvre intellectuelle, c'est-à-dire un bien incorporel.

Mais le gage n'est pas la seule institution de crédit réel; nous savons qu'il faut ranger à côté de lui l'hypothèque, droit réel de garantie ou du second degré portant sur la valeur d'un immeuble. On qualifie également le plus souvent de sûretés réelles, l'antichrèse ou nantissement immobilier, le privilège et le droit de rétention. Nous avons déjà indiqué en ce qui concerne le privilège et le droit de rétention que cette qualification nous semblait erronée, à moins que l'on ne veuille admettre une notion de sûreté réelle plus large que celle de droit réel de garantie et englobant tous les cas où un créancier se trouve en relations particulières avec un bien déterminé de son débiteur et en tire des avantages particuliers par rapport aux autres créanciers (encore faut-il remarquer que cette notion ainsi comprise n'engloberait pas les privilèges généraux). Il n'en demeure pas moins

qu'on se trouve avec ces institutions en présence de créanciers qui tout comme le gagiste, sont soustraits à la loi du concours à laquelle sont soumis en principe les créanciers chirographaires.

Il nous a donc paru utile pour achever de dégager la physionomie particulière du droit du gagiste de comparer sa situation à celle qui résulte pour d'autres créanciers des institutions précitées.

Cet examen fera l'objet des quatre sections de ce chapitre, nous comparerons ensuite dans un appendice le droit de gage proprement dit avec le droit de gage général reconnu au créancier chirographaire par l'article 2092 du Code civil, et qui peut rester indéterminé et porter sur l'ensemble du patrimoine du débiteur, ou au contraire se fixer sur un élément particulier ou une quote part déterminée de ce patrimoine (créanciers chirographaires à gage spécialisé, individualisé ou déterminé).

Nous nous sommes déjà expliqué en partie sur certaines des notions que nous allons rencontrer ici, telles celles de privilège et de droit de rétention; aussi pourrons-nous en ce qui les concerne nous contenter de rappeler nos explications antérieures et de les accompagner de quelques brèves observations.

Section Première

Gage et Hypothèque

Les droits de gage et d'hypothèque sont tous deux des droits du second degré affectant directement et spécialement au payement d'une créance la valeur d'un bien déterminé; si l'on envisage uniquement le droit de gage sur meubles corporels, sa parenté avec l'hypothèque est encore plus grande puisque ce sont tous deux des droits réels.

Malgré cela tout le monde est d'accord pour admettre entre ces deux institutions des différences essentielles; on peut même dire que dans la doctrine classique, elles ont une physionomie très tranchée qui les opposent très nette-

ment l'une à l'autre. Dans la doctrine moderne l'opposition est devenue moins nettement caractérisée depuis l'apparition en droit moderne des gages dits « sans dépossession » dans lesquels certains auteurs ont voulu, comme nous l'avons indiqué au cours de notre première partie, voir des hypothèques mobilières.

Avant d'examiner par nous-même la nature et les caractères spécifiques de ces deux droits, nous examinerons dans un premier paragraphe l'état de la doctrine à ce sujet.

§ 1. *L'opposition du gage et de l'hypothèque devant la doctrine.* — I. - Pour les auteurs classiques le gage et l'hypothèque différaient radicalement tant par la nature des biens qui étaient susceptibles d'être grevés de l'une ou l'autre de ces deux sûretés que par leurs conditions d'existence.

1° Le droit de gage ne pouvait avoir pour objet que des meubles (art. 2073 C. civ.) puisqu'il dérive du contrat de gage forme mobilière du nantissement.

Au contraire l'hypothèque ne peut avoir pour objet que des immeubles (art. 2114), les meubles n'étant pas de notre droit susceptibles d'hypothèques (art. 2119 C. civ.).

2° Le gage suppose la dépossession du débiteur (art. 2076 C. civ.), alors que l'hypothèque ne l'exige pas.

(V. sur ces deux points, Laurent, XXVIII, n° 492, p. 483 et Baudry-Lacantinerie et De Loynes, I, n° 91).

Pour Aubry et Rau (III, § 256, p. 185) une autre différence résulterait de ce que l'hypothèque serait un droit réel complet conférant dans tous les cas un droit de suite contre le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué, alors qu'au contraire le gage ne serait qu'un droit réel imparfait ne conférant qu'un droit de suite incomplet opposable seulement aux tiers acquéreurs non encore entrés en possession.

Les autres auteurs s'ils ne parlent pas de droit réel imparfait, reconnaissent l'absence de droit de suite du créancier gagiste, tout en lui donnant une action réelle en cas de dépossession involontaire, en face de tiers non protégés par l'article 2279 du Code civil (V. plus haut, p. 421 et 422) alors que le droit de suite est une des caractéristiques de l'hypothèque (art. 2114, al. 3., C. civ.).

A la vérité certains auteurs avaient bien soutenu malgré ces différences que le gage n'était au fond que la forme mobilière de l'hypothèque (V. Valette, *Traité des hypothèques* n° 12; Pont, *Petits contrats*, II, n° 1083, p. 581) mais leur opinion était restée isolée; il semble bien d'ailleurs que l'expression d'« hypothèque mobilière » dont ils se servent n'avaient dans leur pensée d'autre but que de bien marquer le caractère conventionnel de la sûreté et de l'opposer ainsi aux autres privilèges.

II. - Le double caractère donné par la doctrine classique à l'opposition du gage et de l'hypothèque n'a pas été maintenu par les auteurs modernes en présence des gages dits « sans dépossession » Si l'on se refuse en effet à admettre que dans le warrant agricole ou dans le warrant hôtelier par exemple, il y a, comme nous le soutenons, dépossession au moins partielle du débiteur, on se trouve en effet en présence d'un dilemme : ou bien admettre que le droit de gage a toujours un objet mobilier et l'hypothèque un objet immobilier et admettre en même temps que le droit de gage peut exister sans dépossession; ou bien admettre que le gage suppose toujours la dépossession du débiteur, l'investissement du créancier et admettre l'existence dans notre droit d'hypothèques mobilières.

C'est dans le sens de la première opinion que se sont prononcés Colin et Capitant (*Cours élément. de droit civil français*, II, p. 850 n° 1033) pour qui les gages sans déplacement sont bien de véritables gages dans lesquels « la constitution d'un droit réel est opérée sans tradition conformément aux principes de notre droit moderne » (V. également dans le même sens Wahl *Précis théorique et pratique de droit commercial*, p. 120, n° 382 à propos du nantissement de fonds de commerce, et p. 474, n° 1384 à propos des warrants hôteliers).

Cette conception maintient d'une façon quasi-absolue, à l'exception de l'hypothèque maritime sur les navires qu'elle justifie par le caractère particulier de ce genre de biens, le principe que dans notre Droit, les meubles ne sont pas susceptibles d'hypothèques; par contre, elle considère que l'exigence de la mise en possession du créancier formulée par l'article 2076 du Code civil a surtout un but de publicité;

elle ne serait donc pas de l'essence du gage et pourrait dans certains cas être remplacée par des mesures de publicité plus ou moins analogues à celles édictées pour les hypothèques. Aussi pour ces auteurs, les warrants agricoles, hôteliers et pétroliers et le nantissement des fonds de commerce sont de véritables gages uniquement parce qu'ils ont pour objet des meubles soit corporels soit incorporels.

Au contraire, pour Planiol, les prétendus gages sans dépossession ne seraient, comme nous le savons déjà que « des hypothèques mobilières ne conférant que le droit de préférence » (Planiol, *Traité élémentaire*, II, nos 2405 et 2709; Planiol, Ripert et Becqué, XII, *Sûretés réelles*, p. 250; V. plus haut, p. 178).

Cette conception est également celle de M. Josserand (*Cours de droit civil positif français*, II, nº 1662 et s., p. 293 et s.) pour lequel la distinction des meubles et des immeubles devrait en ce qui concerne les sûretés réelles, être remplacées par celle des biens nomades, susceptibles de disparition et difficiles à identifier, et des biens sédentaires ayant un point d'attache fixe ; les premiers constitueraient le domaine d'application du gage qui suppose le dessaisissement du débiteur; les seconds celui de l'hypothèque qui est un droit réel sans dépossession (op. cit., nº 1506, p. 819). (1)

Cette seconde conception fait donc prévaloir l'article 2076 du Code civil sur l'article 2119; elle maintient énergiquement au gage le caractère qu'il a depuis son origine d'entraîner le dessaisissement du débiteur et la remise du bien affecté à la garantie de la dette entre les mains du créancier, mais admet la possibilité d'exceptions apportées au principe de la prohibition en Droit français de l'hypothèque mobilière.

Il nous faut maintenant voir dans quelle mesure les traits que nous avons reconnus au droit de gage et à la possession du gagiste nous permettent de trancher la controverse qui oppose les deux conceptions que nous venons de rappeler.

---

(1) V. également dans le même sens, Jourdan. thèse citée, p. 117 et 118.

§ 2. *Examen comparé des droits de gage et d'hypothèque. - Traits distinctifs de ces deux notions en Droit privé français.* — Nous n'examinerons pas ici l'évolution historique des deux institutions qui nous occupent; on sait que nées à des époques différentes et présentant à l'origine des caractères particuliers, elles avaient fini en Droit romain par se rapprocher au point d'à peu près se confondre (V. sur ce point, Girard, *Droit romain*, p. 772, notes 3 et 4). On sait aussi que notre ancien Droit après avoir refusé à l'hypothèque mobilière le droit de suite avait fini tout au moins dans les pays de coutumes par la prohiber complètement (V. à ce sujet Roche-Agusol, *Etude sur la conservation des droits mobiliers*, Thèse, Montpellier, 1901, p. 42 et s.; et l'exposé de Planiol, *Traité élém.*, II, n° 2703 et s., p. 878 et s.).

Nous nous contenterons donc de comparer les deux notions dans l'état actuel du Droit.

A. - *Nature juridique.* — Hypothèque et gage traduisent tous deux l'affectation directe et immédiate d'un bien, considéré non dans son individualité organique, mais dans sa valeur économique au payement d'une créance; autrement dit ce sont tous deux des droits du second degré. En principe ce bien est toujours en ce qui concerne l'hypothèque, une richesse matérielle, un bien corporel (sous réserves de ce que nous disons plus loin du nantissement des fonds de commerce); le droit d'hypothèque constitue donc un droit réel du second degré; au contraire la notion de gage étant étendue aux biens incorporels, le droit de gage ne constitue un droit réel du second degré que lorsqu'il a pour objet la valeur d'un meuble corporel; nous avons vu qu'on ne pouvait parler de droit réel à propos du gage de créances par exemple.

B. - *Conditions d'existence. - Relation du droit avec la possession.* — Le caractère principal du gage nous paraît être le lien existant entre l'appropriation de la valeur économique de la chose qu'il réalise au profit du créancier et une certaine surveillance ou main-mise exercée sur la chose envisagée dans son individualité. C'est cette main-mise qui constitue comme nous l'avons vu plus haut (V. p. 315 et s.) la possession partielle du gagiste et nous savons que cette

possession est pour la plupart des meubles corporels inséparable de la détention matérielle.

Au contraire dans l'hypothèque, cette relation entre l'affectation de la valeur économique du bien hypothéqué et celui-ci considéré dans son individualité organique n'existe pas; le créancier hypothécaire n'exerce aucune main-mise sur l'immeuble qui lui sert de garantie, parce que l'organisation donnée à l'hypothèque par notre Droit suffit à sauvegarder son droit sur la valeur de l'immeuble, sur le prix, comme aussi à en avertir les tiers. En présence de l'hypothèque nous nous trouvons si l'on peut dire en présence du droit réel du second degré à l'état pur, n'intéressant nullement la chose en elle-même envisagée dans sa matérialité, dans son individualité, mais affectant uniquement sa valeur.

En ce sens il est exact de dire que la notion de gage est liée à la dépossession, au dessaisissement du débiteur; seulement, cette main-mise sur la chose, ce droit de regard sur sa matérialité, ainsi inhérents au gage peuvent comme nous l'avons vu être exercés par une autre personne que le gagiste pour le compte de celui-ci et se traduisent alors par une responsabilité de cette personne et par l'obligation pour elle de veiller à ce que la chose soit matériellement conservée et toujours maintenue à la disposition du gagiste pour que celui-ci puisse en réaliser la valeur à l'échéance. Nous savons également qu'il n'y a pas d'impossibilité théorique à ce que cette personne soit le débiteur lui-même constitué au moins en partie détenteur pour le compte du gagiste; seules des raisons tirées de l'intérêt des tiers et de la fragilité de la garantie qui résulterait de cette combinaison pour le créancier, l'ont fait écarter en principe; mais elle a été réalisée dans le cas des warrants agricoles et hôteliers parce que d'une part l'intérêt des tiers était satisfait par les mesures de publicité prévues, et que d'autre part vis-à-vis du créancier la responsabilité du débiteur en tant que détenteur était renforcée par des sanctions pénales, en même temps que le créancier voyait sa qualité de possesseur en quelque sorte matérialisée dans un titre transmissible représentant la chose.

Dans tous les cas la personne qui se trouve en contact avec la chose, qu'il s'agisse du débiteur ou d'un tiers, *représente* le gagiste dans sa possession partielle de la chose;

il n'est pas tenu seulement de respecter le droit du gagiste sur la valeur de la chose; mais il doit en outre veiller à ce que ce droit ne soit pas compromis, soit par suite des détériorations ou dégradations subies par la chose autrement que par cas fortuit, soit par suite de la transmission matérielle de cette chose aux mains des tiers; c'est ainsi, nous le savons, que s'explique l'interdiction faite à l'agriculteur détenant pour le compte de son créancier les récoltes qu'il lui a warrantées, de les livrer à celui auquel il les a vendues avant que ce créancier soit payé (art. 8, § 1, loi du 3 avril 1906; art. 8, § 1, loi du 8 août 1913 pour les warrants hôteliers). Sa qualité de représentant du gagiste dans l'exercice de sa possession explique que le tiers ou le débiteur qui détourne, dissipe ou détériore volontairement la chose dont la valeur est affectée au gagiste, commette par là-même un abus de confiance.

Au contraire dans l'hypothèque, celle-ci est basée sur une séparation complète de l'appropriation de la valeur et de la main-mise sur la chose; en conséquence ceux qui ont la chose entre les mains ne sont pas les *représentants* du créancier hypothécaire; ils ne sont pas tenus de veiller à la conservation de la chose; ils sont seulement tenus comme tout le monde de respecter son droit à la valeur de la chose; et nous savons qu'il n'y a pas là une obligation *stricto sensu*, mais le simple devoir juridique de respecter le droit d'autrui (V. plus haut, p. 397); ils peuvent enfin se transmettre matériellement l'objet hypothéqué.

Nous ne reviendrons pas sur les raisons qui ont ainsi fait lier le droit de gage à la possession, les ayant exposées plus haut; nous savons que ces raisons ou des raisons analogues existent dans la plupart des cas en ce qui concerne les biens incorporels (services ou prestations et productions intellectuelles); ce qui explique que les droits du second degré qui frappent ces biens dans leur valeur économique ressortissent presque tous à la notion de gage et comportent une dépossession du débiteur, bien que la possession soit ici de nature différente de la possession des choses corporelles.

C. - *Domaine d'application.* — Les caractères particuliers des deux institutions expliquent que le domaine d'application

de chacune soit strictement délimité. En ce qui concerne les choses matérielles, la possibilité de séparer l'affectation de la valeur de la main-mise sur la chose apparaît pour les immeubles, les navires, les aéronefs etc... ce qui explique que ces biens soient susceptibles d'hypothèques. Pour les autres au contraire et pour la majorité des meubles corporels en particulier, il n'est pas possible de concevoir cette séparation; aussi ressortissent-ils au domaine du gage. Seulement pour certains d'entre eux il sera possible sans danger pour les tiers et pour le créancier ou tout au moins avec un minimum de danger compatible avec la bonne organisation du crédit, de confier le soin d'exercer cette main-mise au débiteur pour le compte du créancier; nous nous trouverons alors en présence des gages sans détention (warrants agricoles, hôteliers, pétroliers, gage du vendeur à crédit de voitures automobiles); dans les autres cas au contraire, la possession partielle du gagiste devra être nécessairement accompagnée de la détention de la chose par lui-même ou par un autre que le débiteur (gage ordinaire).

De même en ce qui concerne les biens incorporels, l'affectation par une personne au profit d'un de ses créanciers de la valeur pécuniaire que représente une prestation à lui due par un tiers, et qui fait l'objet à son profit d'un droit de créance contre ce tiers, exige comme nous l'avons vu qu'il se mette dans l'impossibilité de réclamer avant l'échéance de la dette garantie, l'exécution de cette prestation à son propre débiteur; cette sûreté ne pourra donc être constituée que sous la forme du gage. Il en est de même en ce qui concerne les productions intellectuelles en tant qu'elles sont susceptibles d'exploitation ou de reproduction, parce qu'elles sont concrétisées dans un symbole extérieur qui les rend susceptibles d'appropriation et d'utilisation privative; sous peine d'inefficacité, l'affectation de leur valeur doit comporter un lien effectif entre le créancier et le symbole qui les matérialise; ici encore il s'agira donc d'un gage,

On peut au contraire hésiter en ce qui concerne les fonds de commerce; il semble bien que l'organisation qui a été donnée à leur nantissement par la loi du 17 mars 1907 ait à peu près complètement séparé l'affectation de leur valeur du fonds lui-même envisagé dans sa matérialité ; cepen-

dant nous avons vu que tant par le droit de regard accordé par la loi au créancier nanti en cas de déplacement du fonds, que par la faculté qui lui est reconnue par la Jurisprudence d'invoquer l'article 2279 en ce qui concerne les meubles corporels incorporés au fonds, le créancier exerce dans une faible mesure par l'intermédiaire du débiteur une certaine main-mise soit sur le fonds lui-même, soit sur les éléments qui le composent; aussi, admettrons-nous comme nous l'avons déjà indiqué que ce nantissement constitue une forme de sûreté intermédiaire entre le gage et l'hypothèque.

D. - *Effets.* — Le gage et l'hypothèque se différencient enfin par leurs effets : tous deux entraînent un droit de préférence et un droit de suite sur la valeur de la chose ou du bien qui en est grevé, ou si l'on préfère peuvent apparaître tantôt comme un droit de préférence s'exerçant à l'encontre d'autres créanciers, tantôt comme un droit de suite s'exerçant à l'encontre de tiers acquéreurs ou possesseurs. Seulement il est possible de relever à ce sujet des différences :

a) Droit de préférence. — Le droit de préférence du gagiste est muni d'un privilège, cause accessoire de préférence venant se greffer ici soit sur un droit réel de garantie (gage de meubles corporels, soit sur un droit de créance du second degré ou sur un droit intellectuel du second degré (gage de biens incorporels, ce qui lui permet de passer avant certains autres privilèges.

Le créancier hypothécaire au contraire est obligé conformément à l'article 2095 du Code civil de subir de façon absolue la primauté de tous les créanciers privilégiés; qu'ils s'agissent de privilèges généraux ou de privilèges immobiliers spéciaux.

b) *Droit de suite.* — Nous avons déjà dit que le droit de suite a en matière de droit réel de garantie ou du second degré une double face : 1° il permet au créancier de s'approprier la valeur de la chose à l'échéance, lorsque celle-ci envisagée dans son individualité matérielle est passée juridiquement à d'autres personnes que le débiteur; or, ce droit, le gagiste l'a tant qu'il reste en possession; le débiteur peut bien en effet aliéner la chose; seulement le gagiste conserve son

droit de la faire vendre pour se payer; l'acquéreur qui aurait commis l'imprudence de payer au débiteur son prix d'acquisition devrait ou désintéresser le gagiste ou souffrir l'éviction qu'il lui fera subir par la vente; il se trouve absolument dans la même situation qu'un tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué ayant omis de purger.

2° Le droit de suite permet également au créancier de ne pas tenir compte des transferts matériels de la possession de la chose qui ont pu survenir depuis la constitution de son droit. Ici la situation est différente pour le gagiste et pour le créancier hypothécaire. Celui-ci suit l'immeuble hypothéqué entre les mains du nouveau possesseur et peut l'y faire vendre pour se payer sur le prix.

Au contraire ce droit n'est pas reconnu au gagiste parce qu'il se heurterait à l'article 2279 du Code civil; mais même dans le cas où le tiers possesseur ne pourrait pas invoquer cette disposition, ce qui est alors reconnu au gagiste ce n'est pas (sauf en ce qui concerne le bailleur d'immeubles) le droit de réaliser la valeur de la chose, mais le droit de récupérer la possession qu'il avait perdue involontairement, grâce à une action réelle analogue à la revendication du propriétaire.

La raison en est que son droit a pour objet non seulement la valeur de la chose, mais encore une certaine main-mise matérielle ou plus exactement le maintien d'un certain rapport entre lui et la chose envisagée dans son individualité.

En définitive c'est toujours là qu'il faut en revenir pour caractériser le gage par rapport à l'hypothèque : le lien existant entre la valeur économique représentée par la chose ou le bien considéré et cette chose ou ce bien envisagés en eux-mêmes.

Section II.

Gage et antichrèse.

On sait que le Code civil dans les articles 2071 à 2073 rapproche sous le nom commun de nantissement le gage et l'antichrèse, qui font l'objet sous cette dénomination des

deux chapitres du titre XVII, du livre III; on sait aussi que ce rapprochement est fait entre les contrats de gage et d'antichrèse qui constitueraient l'un la forme mobilière du contrat de nantissement, l'autre sa forme immobilière. Et il est certain qu'en tant que contrats, le gage et l'antichrèse ont des traits communs en ce sens qu'ils sont tous deux des contrats de garantie destinés à assurer le payement d'un créancier, et qu'ils comportent tous deux la remise d'une chose, mobilière dans le gage, immobilière dans l'antichrèse, aux mains de ce créancier. Ils sont tous deux des contrats accessoires, réels, unilatéraux et à titre onéreux.

Mais la question qui se pose est celle de savoir si cette parenté des contrats de gage et d'antichrèse qui les a fait confondre sous le nom de nantissement entraîne nécessairement une similitude de nature entre les droits que ces contrats ont pour but d'engendrer au profit ou à l'encontre d'individus déterminés, ou si au contraire ce n'est pas à tort et sous l'influence de la prédominance accordée en cette matière comme en certaines autres par le Code civil aux contrats sur les droits qui en dérivent que l'on a ainsi réuni deux sûretés d'une nature très différente

Tout le monde reconnaît aujourd'hui, malgré les divergences qui existent sur la nature juridique du droit d'antichrèse, qu'il existe des différences profondes entre ce droit et le droit de gage. En fait, ainsi que nous allons le démontrer, il est à peu près impossible d'englober dans une notion commune ces deux droits qui sont d'une essence différente.

Nous ne nous occuperons pas ici du contrat d'antichrèse et de ses caractères, mais seulement du droit de l'antichrésiste en vue de bien situer au regard de celui-ci la situation du gagiste. De même nous ne nous occuperons pas des origines historiques de l'antichrèse et de son évolution dans notre Ancien Droit sous les formes du « mort-gage » et du «vif-gage » (V. à ce sujet H. Lobut, l'*Antichrèse - Autrefois et aujourd'hui. - Evolution historique; son rôle dans la pratique*, Thèse, Paris, 1897, p. 8 et s. et en ce qui concerne l'Ancien Droit, les indications de Planiol, *Traité élémentaire*, II, nos 2491 et s., p. 817 et 818).

Nous examinerons successivement le contenu du droit d'antichrèse dans la législation actuelle et les divergences doctrinales auxquelles a donné lieu sa nature juridique. Puis après avoir nous-même pris position sur ce problème, nous procèderons à la comparaison de l'antichrèse et du gage sur la base des éléments précédemment exposés.

§ 1. *Définition et contenu du droit d'antichrèse en Droit français.* — On peut définir le droit d'antichrèse : le droit reconnu à un créancier de percevoir les revenus d'un immeuble du débiteur qui lui est remis, et de les imputer soit sur les intérêts soit sur le capital de sa créance (art. 2085, al. 2., C. civ.).

Le droit essentiel de l'antichrésiste consiste donc dans la faculté de percevoir les fruits et revenus de l'immeuble dont il a reçu la possession ou tout au moins la détention.

Il a en outre le droit de retenir l'immeuble jusqu'à ce qu'il soit complètement payé de sa créance (art. 2087, al. 1, C. civ.)

Bien qu'on l'ait autrefois discuté, tout le monde admet, depuis la loi du 23 mars 1855, que le droit d'antichrèse, au moins en tant qu'il comporte la perception des fruits et le droit de rétention, est opposable aux tiers, à condition d'avoir été transcrit conformément à l'art. 2, 1° de la dite loi. Il est notamment opposable non seulement aux créanciers chirographaires, mais encore aux créanciers hypothécaires inscrits postérieurement à la transcription de l'antichrèse; ceux-ci pourront sans doute faire saisir et vendre l'immeuble soumis à l'antichrèse mais sous réserve du droit de l'antichrésiste, l'adjudicataire ne pouvant entrer en possession qu'une fois celui-ci désintéressé. Il en sera de même d'un acquéreur de l'immeuble dont l'acquisition n'aurait été transcrite que postérieurement à l'antichrèse.

L'antichrésiste ne peut stipuler qu'il deviendra propriétaire de l'immeuble à défaut de payement de la dette; nous rencontrons ici la prohibition du contrat pignoratif que nous avons déjà signalée à propos du gage (art. 2088).

L'antichrésiste n'a sur l'immeuble aucun privilège et il est remarquable que le Code ne parle pas de privilège à propos de l'antichrèse alors qu'il emploie ce terme au sujet du gagiste.

L'article 2088 lui reconnaît seulement le droit de « poursuivre l'expropriation de son débiteur par les voies légales », c'est-à-dire de pratiquer comme tout créancier une saisie immobilière en vue de faire procéder à la vente publique de l'immeuble.

En cas de vente de l'immeuble soit à sa propre requête, soit à la requête des autres créanciers, l'antichrésiste a-t-il un droit de préférence sur le prix ? D'après la grande majorité de la doctrine, l'antichrésiste n'a aucun droit spécial sur le prix de l'immeuble; il est donc sur ce prix réduit à la condition de créancier chirographaire lorsqu'il a poursuivi lui-même la vente ou qu'il a laissé vendre l'immeuble par d'autres créanciers sans sauvegarder son droit de rétention et de jouissance sur l'immeuble (Aubry et Rau. VI, § 438, Laurent, XXVIII, n° 571 ; Pont, *Des privilèges et hypothèques*, II, n° 1272; Guillouard, *Du nantissement*, n° 26; Planiol, *Traité élémentaire*, II, n° 2500; Contrà : Colin et Capitant, II, p. 836, n^{os} 1003 et 1004).

On indique généralement que la jurisprudence au contraire reconnaît à l'antichrésiste un droit de préférence sur le prix et on cite en ce sens deux arrêts de la Cour de cassation (Cass., 29 août 1865, D, 65, 1, 329; S, 65, 1, 433; Cass., 24 janvier 1872, D, 73, 1, 353; S, 72, 1, 21 sur Paris, 2 août 1871, D, 71, 2, 193). Toutefois il n'est pas sûr que ces décisions aient la portée générale qu'on leur reconnaît ordinairement : d'après l'arrêt de 1865, le droit d'antichrèse étant opposable aux créanciers hypothécaires postérieurs en date à la constitution (ou depuis 1855, à la transcription) de l'antichrèse, l'antichrésiste peut, au cas où la vente est poursuivie par ces créanciers, ne consentir à se dessaisir de la jouissance qu'à la condition d'être payé en premier ordre sur le prix de la vente (V. aussi Cass., 31 mars 1851, D, 51, 1, 65); d'après les arrêts de 1871 et de 1872, au cas où la vente a lieu au profit de créanciers hypothécaires antérieurs à qui l'antichrèse n'est pas opposable, les droits de l'antichrésiste vis-à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs à la transcription de son droit sont reportés sur le prix. Dans les deux cas, il semble bien que l'on ne reconnaisse à l'antichrésiste un droit sur le prix qu'au cas où la vente étant poursuivie par d'autres créanciers, il se trouve privé de son droit de réten-

tion et de jouissance, soit malgré lui au cas où il existe des hypothèques antérieures, soit en vertu d'une renonciation volontaire mais sous condition; ce droit sur le prix apparaît donc plutôt comme une compensation de la perte du droit de rétention et de jouissance qu'il était en droit d'opposer aux créanciers hypothécaires postérieurs plutôt que comme l'effet d'un droit direct de l'antichrésiste sur la valeur de l'immeuble. S'il en est ainsi, la solution contraire s'imposerait au cas où l'antichrésiste poursuit lui-même la vente; en outre si dans les autres hypothèses, le résultat pratique est le même que si l'on reconnaissait à l'antichrésiste un droit direct au prix venant s'intercaler entre celui des créanciers hypothécaires antérieurs et celui des créanciers postérieurs, il n'est pas sans intérêt au point de vue de la nature du droit d'antichrèse de noter qu'il ne s'agit au fond que du droit de rétention et de jouissance transformé par suite des circonstances en un droit au prélèvement d'une partie du prix.

Notons enfin que le droit d'antichrèse ne comporte pas de droit de suite et disparaît avec la perte par l'antichrésiste de la possession au plutôt de la détention de l'immeuble.

§ 2. *Les controverses doctrinales sur la nature juridique du droit d'antichrèse.* — Les auteurs sont loin d'être d'accord sur la nature juridique du droit de l'antichrésiste; on compte à ce sujet en doctrine jusqu'à quatre opinions (V. Lobut, thèse citée, p. 121 et s.) que nous nous contenterons d'énumémérer brièvement :

1° Mentionnons d'abord la théorie qui semble aujourd'hui complètement abandonnée émise par Laurent (XXVIII, n^{os} 569, et s.) d'après laquelle l'antichrèse serait un droit purement personnel opposable au débiteur seul et dont l'antichrésite ne pourrait jamais se prévaloir à l'égard des tiers.

2° Pour Troplong (*Traité du nantissement*, p. 530), le droit d'antichrèse serait un droit personnel opposable à la fois au débiteur et aux seuls créanciers chirographaires, à l'exclusion des créanciers privilégiés et hypothécaires.

3° A l'opposé un certain nombre d'auteurs admettent que l'antichrèse constitue un droit réel que l'antichrésiste peut opposer aux créanciers hypothécaires ou aux acquéreurs

dont l'inscription ou la transcription est postérieure à la transcription de l'antichrèse (Pont, II, n° 1276 et s., Guillouard *Nantissement*, n° 242 et s.; Thézard, *Du nantissement, des privilèges et des hypothèques*, n° 23; Beudant, I, n° 213; Planiol, *Traité élémentaire*, II, n° 2501, p. 819; Colin et Capitant, p. 835 et 836). La plupart de ces auteurs, à l'exception de Colin et Capitant, reconnaissent d'ailleurs qu'à la différence du gage qui affecte la chose elle-même au point de vue de sa valeur ou de son prix, le droit réel de l'antichrésiste n'affecterait l'immeuble qu'au point de vue de la jouissance; mais ce n'en serait pas moins d'après eux un droit réel immobilier.

4° Enfin pour d'autres auteurs le droit d'antichrèse serait un droit personnel n'entraînant ni droit de suite ni droit de préférence, mais qui serait cependant opposable aux tiers au même titre que le droit du preneur par exemple (Aubry et Rau, VI, § 438, texte et note 9; Baudry-Lacantinerie et De Loynes, I, n°s 207 à 209; Lobut, thèse citée, p. 155 et s.).

§ 3. *Solution proposée sur la nature et les caractères spécifiques du droit d'antichrèse. - L'antichrèse n'est pas un véritable droit réel, mais un droit sur les revenus d'un immeuble garanti par un droit de rétention s'appliquant à cet immeuble.* —

Le droit d'antichrèse ne peut en rien être considéré comme un droit réel du second degré assimilable par exemple à l'hypothèque ou au gage; nous savons en effet que dans ceux-ci le titulaire s'approprie la valeur économique de la chose qui fait l'objet de son droit; rien de tel en ce qui concerne l'antichrèse; l'antichrésiste ne prétend pas s'approprier la valeur économique de l'immeuble, mais les fruits et revenus de celui-ci : en ce qui concerne les fruits, il s'approprie non leur valeur pécuniaire, mais les fruits eux-mêmes envisagés dans leur matérialité ou dans leur individualité organique, sauf à en imputer la valeur sur le montant de sa créance; en ce qui concerne l'immeuble, il n'a sur lui qu'un droit de rétention et nous savons qu'il s'agit là non d'un droit réel, mais d'un droit de créance chirographaire à gage spécialisé (V p. 340 et s.).

Nous nous rallierons donc en ce qui concerne la nature de l'antichrèse à la conception émise par M. le professeur

Bonnecase et ainsi présentée par lui (*Précis de Droit civil*, II, n° 829, p. 598; V. aussi, *Supplément de Baudry*, V, n° 108, p. 215). « D'après nous, malgré l'opinion contraire courante, l'antichrèse n'est pas un droit réel, au sens vrai du terme, mais bien un droit sur les revenus d'un immeuble, garanti lui-même par un droit de rétention s'appliquant à l'immeuble. En un mot, l'antichrèse est un droit immobilier, en ce sens qu'il porte sur les revenus d'un immeuble et que l'exercice de ce droit est garanti par le droit de rétention; dès lors ce droit se rapproche essentiellement au point de vue économique de la cession de loyers et fermages, mais tandis que celle-ci est une simple cession de créance, l'antichrèse est si l'on veut à la rigueur, un droit réel dérivant d'une vente à livrer, et cela, dans la mesure où il porte sur les revenus de l'immeuble, revenus que le créancier antichrésiste a le droit de s'approprier; il est au contraire, un droit de rétention en tant que se référant à l'immeuble pris en lui-même. Ce point là mérite d'être noté. Par suite, le droit d'antichrèse, trop communément qualifié de droit réel est une sorte de droit complexe au sein duquel il faut distinguer un *droit réel sur les revenus* d'un immeuble, droit dérivant encore une fois, de *la vente à livrer des revenus* et puis *un droit de rétention* grevant l'*immeuble* ».

Il ne nous reste plus qu'à comparer le droit d'antichrèse dont la nature a été ainsi dégagée au droit de gage.

§ 4. *Examen comparé des droits de gage et d'antichrèse.*

1° Le droit de gage constitue un *droit du second degré* ayant pour objet l'appropriation de la valeur économique d'un bien et lorsqu'il s'agit d'une chose matérielle, d'un meuble corporel, un *droit réel de garantie.*

Le droit d'antichrèse au contraire en tant qu'il a pour objet l'immeuble n'est qu'un *droit de rétention* c'est-à-dire un *droit de créance chirographaire à gage spécialisé.* En tant qu'il concerne les revenus de l'immeuble, le droit d'antichrèse présente la physionomie d'un droit réel principal, d'un droit de propriété éventuel, dérivant d'une vente à livrer ou d'une dation en payement des fruits.

2° Le droit du gagiste sur la valeur du meuble donné en gage se traduit par un *droit de préférence* qui est muni d'un

privilège; l'antichrésiste n'a ni un véritable droit de préférence sur le prix ni un privilège.

3° Le gagiste a, en cas de perte involontaire de la possession, un *droit de suite* se traduisant par une action réelle dans les cas où cette action n'est pas tenue en échec par l'article 2279 du Code civil. L'antichrèse ne confère aucun droit de suite.

4° Le gagiste a la *possession partielle* de la chose donnée en gage; à ce titre il peut invoquer l'article 2279 du Code civil, qui constitue toute la protection possessoire en matière de meubles.

Au contraire l'antichrésiste n'a *pas la possession* proprement dite même partielle de l'immeuble qui lui est remis; il n'est qu'un *détenteur intéressé*, (V. plus haut, p. 285 et 289 et s.); par conséquent il ne peut pas intenter l'action possessoire proprement dite, la complainte, mais la Jurisprudence lui permet d'intenter l'action en réintégrande (Cass., 16 mai 1820, S, 20, 1, 430) dont l'exercice est reconnu aux détenteurs intéressés pour la protection de leur détention (V. plus haut, p. 290).

5° Le droit de gage ne donne pas au gagiste la *jouissance* de la chose; au contraire cette jouissance est impliquée dans le droit de l'antichrésiste sur les revenus de l'immeuble.

Nous concluons donc qu'en dépit du rapprochement opéré par le Code, le gage et l'antichrèse sont des droits de nature et de contenu différents qui ne peuvent être ramenés à une notion commune.

Section III.

Gage et privilège.

Nous n'insisterons pas sur les rapports des notions de gage et de privilège, nous contentant de renvoyer à nos explications précédentes (p. 445 et s.).

Rappelons simplement que d'après nous le privilège n'est pas un droit, mais la « qualité » ou la « propriété » inhérente

à un droit et lui conférant un rang préférentiel déterminé, qui dans le cas du gage vient se joindre à un droit réel de garantie ou à un droit du second degré ayant pour objet la valeur économique d'un bien incorporel (supra, p. 480 et s.).

Il ne saurait donc être question d'opposer comme on le fait d'ordinaire le privilège du gagiste aux autres privilèges (V. supra, p. 477 et s.). La seule différence est que ceux-ci au lieu d'être joints à un droit de gage, le sont soit à une hypothèque (privilèges immobiliers spéciaux), soit à un droit de créance chirographaire à gage indéterminé (privilèges généraux), soit à un droit de créance chirographaire à gage spécialisé (privilèges mobiliers spéciaux autres que ceux dérivant du gage) (Supra, p. 471 et s., 475 et 476).

Section IV.

Gage et droit de rétention.

Nous nous sommes expliqués antérieurement sur la notion de droit de rétention (V. supra, p. 335 et s.). Nous nous contenterons donc ici de rappeler les différences qui le séparent du droit de gage, en renvoyant pour le surplus à nos explications précédentes :

1° Le droit de rétention répond à la notion de créance chirographaire à gage spécialisé; le droit de gage répond à la notion de droit du second degré et en ce qui concerne le gage de meubles corporels, à la notion de droit réel de garantie.

2° Le gagiste a un droit de préférence sur le prix et un privilège; il peut donc prendre l'initiative de faire vendre la chose ou le bien soumis à son droit sans compromettre celui-ci; on peut même dire que c'est le cas normal et que comme l'écrit Planiol (*Traité élémentaire*, II, n° 2429, p. 799), dans le gage, « la vente est le but final de l'institution ».

Au contraire le rétenteur n'a ni droit de préférence ni privilège; aussi doit-il demeurer en quelque sorte expectant en face de la chose; il ne peut prendre l'initiative de la faire

vendre sans perdre immédiatement la situation favorable qu'il avait par rapport aux autres créanciers.

3° Le droit de gage confère en certains cas un droit de suite; le droit de rétention ne confère jamais de droit de suite.

4° Le gagiste a la possession partielle de la chose alors que le rétenteur en tant que tel n'est qu'un détenteur intéressé.

Nous avons au surplus démontré plus haut que lorsque le droit de rétention venait jouer à l'occasion du fonctionnement du gage, il apparaissait toujours avec sa physionomie distincte et ne pouvait en aucun cas être confondu avec le droit de gage proprement dit.

Appendice au Chapitre VII. - *Comparaison du droit de gage proprement dit avec le gage général du créancier chirographaire ainsi qu'avec les cas de créances chirographaires à gage spécialisé (individualisé ou déterminé).*

Pour achever de caractériser la situation du gagiste par rapport aux autres créanciers et nous permettre de situer nettement dans notre conclusion la notion de gage au milieu de l'ensemble du Droit du crédit, il nous faut maintenant comparer le droit de gage proprement dit au droit reconnu au créancier chirographaire par l'article 2092 du Code civil sur le patrimoine c'est-à-dire sur l'ensemble des biens présents et à venir du débiteur. Bien que d'après l'article 2093, ces biens constituent « le gage commun » de tous les créanciers, il est bien certain que ce droit de gage général, n'a comme nous l'avons indiqué dans l'*Introduction* (p. 9), de commun que le nom avec le gage proprement dit.

Nous ne pouvons songer ici pas plus que nous ne l'avons fait dans l'*Introduction* (V. p. 9 et s.) à analyser en détail la situation du créancier chirographaire. Rappelons simplement que la doctrine moderne réagissant contre la doctrine classique, qui dans son dernier état, faisait du créancier chirographaire un ayant cause à titre universel et opérait ainsi un rapprochement, imprévu entre les situations du créancier et de l'héritier, a restitué au créancier chirographaire sa qualité d'ayant cause à titre particulier (V. à ce sujet, J. Bonnecase *Précis de Droit civil*, II, p. 58 et s., n^{os} 41 et s., et les ouvrages cités dans l'*Introduction* (p. 9 et s.). ce qui permet, tant d'expliquer rationnellement certains textes du Code civil

que d'assurer une meilleure protection du créancier pur et simple, de celui qui a « suivi la foi du débiteur » sans exiger aucune sûreté (Bonnecase, op. cit., n° 70, p. 97).

Nous savons également que la reconnaissance au créancier chirographaire de la qualité d'ayant cause à titre particulier a conduit à admettre qu'un créancier pouvait, sans cesser d'avoir la qualité de chirographaire, se trouver en relation avec un élément particulier du patrimoine du débiteur et trouver dans cette situation une protection efficace; en ce cas le gage général appartenant à tout créancier se fixe soit sur un élément individualisé soit sur une quote-part de ce patrimoine, on se trouve alors en présence de créanciers chirographaires à gage spécialisé (V. plus haut, *Introduction*, p. 10).

C'est sur ces bases que M. le professeur Bonnecase a très justement distingué trois catégories de créanciers chirographaires se distinguant entre eux par leur position vis-à-vis des divers éléments constitutifs, du patrimoine du débiteur; 1° les créanciers chirographaires à gage général ou indéterminé; 2° les créanciers chirographaires à gage déterminé; 3° les créanciers chirographaires à gage individualisé, ces deux dernières catégories pouvant être rapprochées sous la dénomination commune de créanciers chirographaires à gage spécialisé (V. sur ce point. J. Bonnecase, *Supplément au traité de Baudry-Lacantinerie*, V, n°s 243 et s., p. 510 et s.; *Précis de droit civil*, II, n° 71, p. 98).

Nous comparerons successivement la situation du gagiste à celle des créanciers chirographaires de chacune de ces trois catégories.

A. - *Créanciers chirographaires à gage général ou indéterminé.* Ce sont ceux dont les créances « ont pour garantie le patrimoine entier du débiteur sans affectation aucune de l'un quelconque de ses éléments concrets ».

A la vérité même dans ce cas, le créancier chirographaire est toujours un ayant cause à titre particulier et malgré l'absence de tout contact avec les éléments concrets du patrimoine, envisagés individuellement, il possède cependant un certain droit de regard tant sur la composition de ce patrimoine pris dans son ensemble que sur l'activité économique du débiteur comme le prouvent l'existence dans notre

Droit de l'action Paulienne, la disposition de l'article 1166 du Code civil et les mesures de protection que comporte au profit des créanciers chirographaires, la législation des faillites, notamment en ce qui concerne par exemple la période suspecte.

Il n'en reste pas moins que le droit du créancier s'exerce sur le patrimoine considéré comme universalité et en concours rigoureux avec les autres créanciers. De ce fait le créancier chirographaire devra sous certaines réserves subir les fluctuations qui seront survenues dans le patrimoine du débiteur, depuis la naissance de la créance jusqu'à son échéance, et notamment le concours sur la masse active des biens qui se trouvent dans ce patrimoine au moment où il poursuit le recouvrement de sa créance, des autres créanciers qui ont les mêmes droits que lui. Par conséquent la situation de ce créancier apparaît en définitive assez précaire et dépend en grande partie de la personnalité du débiteur, de sa « solvabilité » comme l'on dit couramment, c'est-à-dire à la fois de sa bonne foi, de son zèle, de son activité économique, et du plus ou moins grand nombre de biens composant l'actif de son patrimoine ainsi que de leur valeur.

Il n'est pas besoin d'insister longuement sur l'opposition qui existe entre cette situation et celle du gagiste. Celui-ci a un droit du second degré sur un bien déterminé dont il s'approprie la valeur économique; ce bien se trouve d'une manière directe et spéciale affecté à la garantie de la créance du gagiste. Celui-ci, tant du moins qu'il reste en possession n'a à craindre ni le concours d'autres créanciers prétendant se payer sur la valeur de ce bien ni l'effet d'actes juridiques émanés du débiteur qui feraient sortir ce bien du patrimoine de celui-ci. Il n'a donc pas à se préoccuper d'une diminution possible de la valeur de ce patrimoine provenant soit de l'aliénation des éléments actifs, soit de l'accroissement du passif. A condition que la valeur pécuniaire du bien donné en gage ne soit inférieure au montant de sa créance, il est assuré d'être payé, tant qu'il conserve par lui-même ou par autrui la maîtrise de ce bien considéré dans son individualité et par de là celle-ci, de sa valeur économique.

Le droit de gage général des articles 2092 et 2093 et le droit de gage proprement dit s'opposent donc l'un à l'autre

dans la mesure où s'opposent sur le terrain juridique les notions de crédit personnel et de crédit réel, et sur le terrain économique, les notions de crédit subjectif et de crédit objectif (V. *Introd.*, p. 8 et s.).

L'opposition est au contraire moins tranchée avec les créanciers chirographaires des deux autres catégories, c'est-à-dire les créanciers à gage spécialisé, puisque le droit de ceux-ci au lieu de s'exercer sur l'ensemble du patrimoine, affecte d'une façon particulière certains des éléments de celui-ci; elle n'en existe cependant pas moins ainsi que nous allons le voir.

B. - *Créanciers chirographaires à gage déterminé.* — Ce sont ceux « auxquels est affectée d'une manière particulière une quote-part du patrimoine du débiteur ou même à la rigueur d'un tiers, quote-part qui leur sera dévolue par voie de prélèvement et par préférence aux autres créanciers ou à des cohéritiers ». Parmi les créanciers de cette catégorie citons à titre d'exemple : les cohéritiers ayant le droit d'exercer un rapport de dettes, les donataires successifs de sommes d'argent payables au décès du donateur, les créanciers d'une personne décédée invoquant à l'encontre des héritiers le bénéfice de séparation des patrimoines, les créanciers composant la masse de la faillite exerçant leurs droits sur les biens acquis par le failli antérieurement à la déclaration de faillite, etc... (V. pour plus de détails, J. Bonnecase, *Supplément à Baudry*, V, p. 510 et s.).

La situation de ces créanciers pour être plus favorable que celle des créanciers de la première catégorie n'en est pas moins profondément différente de celle du gagiste.

Leur droit porte en effet non sur un bien individualisé mais sur une quote-part, une partie de l'universalité de droit que constitue le patrimoine du débiteur; il ne saurait donc être question pour eux de droit réel, puisque celui-ci, comme nous l'avons indiqué plus haut, a toujours pour objet une chose individualisée, un corps certain. Il ne peut non plus être question en l'espèce d'une affectation directe et spéciale, de la valeur d'un bien déterminé au payement de la créance; le droit du créancier conserve les caractères du droit

de gage général de porter sur un ensemble de biens essentiellement fongibles dont l'individualité importe peu.

Au contraire, nous savons que le droit de gage proprement dit a pour objet un bien déterminé dans son individualité, un corps certain ou une prestation déterminée dont la valeur est affectée directement et spécialement au payement de sa créance; il suppose une relation directe entre le créancier et un élément particulier concret et individualisé du patrimoine du débiteur; par là il s'oppose au droit des créanciers chirographaires à gage déterminé aussi bien qu'au droit de gage général des créanciers chirographaires purs et simples.

C. - *Créanciers chirographaires à gage individualisé.* — M. le professeur Bonnecase (*Précis*, II, p. 100) précise ainsi la condition de ces créanciers : « Les créanciers chirographaires de la troisième catégorie sont mieux pourvus que ceux de la seconde : c'est un bien individualisé du patrimoine du débiteur ou d'un tiers qui assure le payement de leur créance soit sous la forme d'un prélèvement comme dans la seconde catégorie, soit sous la forme d'un droit de rétention ».

On range dans cette catégorie : la femme dotale réclamant une dot incluse dans un bien paraphernal, le créancier muni d'un droit de rétention, le porteur d'une lettre de change exerçant ses droits sur la provision, c'est-à-dire sur la dette du tiré envers le tireur (V. J. François, *La propriété de la provision en matière de lettre de change*, thèse, Bordeaux, 1929, p. 192 et s.; J. Bonnecase, *Supplément à Baudry*, V), etc.

Nous avons d'autre part, montré que les privilèges mobiliers spéciaux autres que ceux dérivant du gage répondaient à la notion de créances chirographaires à gage individualisé dotées d'un privilège.

Cette catégorie est évidemment celle qui se rapproche le plus tant pratiquement que théoriquement des créanciers munis d'un droit réel du second degré (gage ou hypothèque) affectant la valeur d'un bien déterminé, puisque dans les deux cas, le créancier se trouve en présence d'un élément individualisé du patrimoine du débiteur qui sert directement ou indirectement de garantie à sa créance.

Nous avons cependant montré ci-dessus toute la différence qui existe entre le créancier gagiste et le créancier muni d'un droit de rétention, celui-ci n'ayant aucun droit spécial à la valeur de la chose détenue par lui. Nous ne reviendrons pas ici sur les distinctions que nous avons faites à ce sujet (V. plus haut, p. 513).

D'une manière générale on peut dire que dans tous les cas de créance chirographaire à gage individualisé, l'affectation d'un bien déterminé à la garantie de la créance est en quelque sorte indirecte; elle ne peut en aucune façon être considérée comme une appropriation même partielle de ce bien par le créancier; en conséquence on peut dire que ce bien, malgré l'affectation dont il fait l'objet, reste dans le patrimoine du débiteur; il ne saurait donc être question de parler pour ces créanciers de droit réel ou de possession même partielle du bien considéré, puisque droit réel et possession supposent une appropriation; il s'agit seulement d'une créance, d'un droit sur l'activité du débiteur, protégé « d'une manière variable, au point de vue des principes tout au moins, le droit de rétention n'étant pas l'équivalent du droit de prélèvement de la femme dotale quant à la dot incluse ». (J. Bonnecase, *Précis*, II, p. 100). Même lorsque ces créances sont dotées d'un privilège, elles conservent leur caractère comme le démontre l'expression dont on se sert pour expliquer les privilèges mobiliers spéciaux autres que ceux dérivant du gage : on dit que les créanciers qui en sont munis, ont mis la valeur de la chose grevée du privilège «dans le patrimoine du débiteur» c'est donc bien que cette chose n'appartient en rien au créancier, bien que celui-ci ait un droit de préférence sur sa valeur; ce droit de préférence ne provient pas de l'appropriation de cette valeur par le créancier, appropriation qui figurerait dans son patrimoine, mais du lien qui existe entre l'introduction ou la conservation de cette chose dans le patrimoine du débiteur et la créance elle-même.

Au contraire avec le gage proprement dit comme avec l'hypothèque et sous réserve des différences existant entre ces deux droits et que nous avons énumérées plus haut, nous nous trouvons en présence d'une appropriation réalisée par le créancier sinon de la chose ou du bien pris en eux-mêmes. tout au moins de leur valeur économique; cette chose ou ce

bien, en tant qu'ils renferment en eux cette valeur cessent de faire partie du patrimoine du débiteur pour passer dans celui du créancier, de la même manière qu'une chose matérielle objet d'un droit réel démembré de la propriété tel que l'usufruit ou une servitude, cesse de faire partie du patrimoine du propriétaire quant aux avantages ou aux utilités matérielles qui font l'objet de ce droit réel. C'est pourquoi le droit de gage lorsqu'il a pour objet la valeur d'une chose matérielle, d'un meuble corporel constitue un droit réel de garantie ou du second degré; c'est pourquoi aussi le gagiste a en partie la possession proprement dite et non seulement la détention de la chose ou du bien donnés en gage; c'est pourquoi enfin le droit de gage comporte un certain droit de suite qui fait défaut aux autres privilèges mobiliers spéciaux, car le droit de suite nous le savons n'est que l'une des formes par lesquelles se traduit juridiquement l'appropriation d'une richesse déterminée ou de sa valeur au profit d'une personne. L'affectation d'un bien à la garantie d'une créance n'est donc pas ici indirecte comme dans le cas des créanciers chirographaires à gage individualisé; elle est comme dans l'hypothèque, directe et spéciale et atteint par delà l'individualité organique de la chose, sa valeur économique qu'elle soustrait, non seulement à l'action du débiteur, mais à celle de toute personne.

En définitive, la notion de créancier chirographaire traduit toujours, quelle que soit la catégorie dans laquelle se range ce créancier, la protection plus ou moins efficace accordée à un droit de créance. Au contraire la notion de gage traduit la notion d'appropriation de la valeur économique d'un bien déterminé.

C'est pourquoi les institutions relatives aux différentes catégories de créanciers chirographaires ressortissent au crédit personnel; tandis que la notion de gage prend place parmi les institutions de crédit réel.

La comparaison que nous venons de faire du droit du gagiste avec les autres institutions du droit du crédit a achevé de dégager la physionomie particulière du droit de gage; nous pouvons donc désormais aborder avec notre dernier chapitre, la conclusion de cette étude.

CHAPITRE VIII.

CONCLUSION

De tout ce qui précède, il résulte que nous nous trouvons tant avec le gage conventionnel que dans les cas dits de gage tacite, en présence de l'affectation directe et immédiate à la garantie d'une créance de la valeur économique d'un bien déterminé. Ce bien doit présenter certains caractères; cette affectation suppose que certaines conditions sont réalisées; la réalisation de ces conditions engendre au profit ou à l'encontre de différentes personnes, certains effets juridiques. Le principal de ces effets réside dans la naissance au profit du gagiste, du droit de gage proprement dit qui traduit juridiquement l'appropriation de la valeur économique du bien considéré par le créancier; mais nous avons vu qu'il n'est pas le seul. L'application de l'article 2279 du Code civil au profit du gagiste, son privilège, les obligations qui lui incombent, celles dont peut être éventuellement tenue le constituant à son égard, ainsi que celles qui incombent à l'égard de l'un et de l'autre au tiers détenteur en cas de constitution du gage par l'intermédiaire du « tiers convenu » prévu par l'article 2076 du Code civil, viennent s'ajouter au droit de gage et contribuer pour ainsi dire à son aménagement, soit en fortifiant la situation du gagiste, soit en sauvegardant les droits du constituant sur la chose ou le bien dont la valeur est affectée à la garantie du créancier.

Ainsi se justifie l'affirmation que nous avons formulée dès le début de cette étude (V. *Introd.*, p. 16 et 17) que le gage peut être conçu non seulement comme un contrat ou un droit, mais encore comme une institution juridique

c'est-à-dire comme un ensemble de règles de droit régissant une série de relations dérivant d'un fait unique fondamental et engendrant au profit ou à l'encontre de diverses personnes différentes situations juridiques qui ne sont que le résultat de la transformation de ces relations de fait en rapports de droit.

C'est donc à la détermination des caractères fondamentaux et des éléments de l'institution juridique du gage qu'il nous faut maintenant nous attacher au moment de conclure cette étude.

Mais tout d'abord, l'on peut se demander si cette institution est rigoureusement une; autrement dit, si les diverses situations que nous avons envisagées au cours de l'exposé descriptif qui a fait l'objet de notre première partie peuvent ou non être englobées dans une notion unique. Le terme générique de gage n'est-il comme le soutient un auteur dont nous avons reproduit plus haut l'opinion (V. p. 232) qu'un mot sous lequel on a groupé des institutions diverses n'ayant entre elles rien de commun? Au contraire existe-t-il une notion de gage dont ces institutions ne sont que des variétés ou des applications ?

Telle est la question préalable que nous devrons résoudre avant d'essayer de définir la notion de gage et ses divers éléments.

Après avoir reconnu l'unité de cette notion et défini ses traits distinctifs, il nous faudra proposer une classification de ses diverses applications et enfin situer l'institution du gage dans l'ensemble du Droit du crédit.

Tel sera l'objet des trois sections de ce chapitre.

Section Première

Le gage en tant qu'institution juridique. - Répond-il à une notion unique? - Sa définition et ses éléments.

Il nous faut d'abord ainsi que nous venons de l'indiquer rechercher s'il existe une notion de gage présentant des carac-

tères spécifiques déterminés, car il ne servirait à rien de tenter de définir l'institution du gage prise en elle-même et de déterminer ses éléments, si les institutions diverses que nous avons décrites au cours de notre exposé descriptif et qu'on désigne communément sous ce terme avaient une nature différente.

Le premier paragraphe de cette section sera donc consacré à la démonstration de l'unité de la notion de gage; les deux autres auront pour objet la définition de cette notion et la détermination de ses éléments.

§ 1. *Unité de l'institution juridique du gage en tant que traduisant l'affectation directe et spéciale à la garantie d'une créance de la valeur économique d'un bien déterminé présentant certains caractères spéciaux.* — L'unité de la notion de gage peut être discutée à différents points de vue. C'est ainsi que tout d'abord, bien que comme nous l'avons vu la presque unanimité de la doctrine qualifie certains privilèges de gages « tacites » ou « légaux » et qu'on ait même parlé de « gage judiciaire » (V. plus haut, p. 70), on pourrait être tenté d'établir une distinction entre le gage conventionnel proprement dit résultant du contrat de gage et tous les autres cas englobés sous la dénomination générale de gage tacite et d'affirmer qu'il n'y a là qu'une analogie et que seules les situations dérivant du contrat de gage rentrent dans le cadre de la notion de gage proprement dite.

D'autre part, nous avons vu que pour un certain nombre d'auteurs, les gages dits « sans dépossession » ne ressortissaient pas véritablement à la notion de gage proprement dite, mais à celle de l'hypothèque.

Enfin l'on pourrait soutenir avec beaucoup plus de vraisemblance qu'il existe une différence de nature entre le gage de meubles corporels et celui des meubles incorporels.

C'est à ces différents points de vue qu'il nous faut nous placer pour démontrer qu'il n'y a là en définitive que des différentes variétés d'une même notion dont la nature est unique. Nous passerons sous silence dans cette conclusion générale les discussions qui ont pu s'élever au sujet de certaines institutions particulières, telles que celle soulevée par Faillié au sujet du crédit documentaire dans lequel il prétend

voir non un gage mais une vente a réméré, ces points spéciaux ayant d'ores et déjà fait l'objet d'une discussion au cours de notre première partie (V. notamment en ce qui concerne le crédit documentaire, p. 94 et s.).

A. - *Gage conventionnel et gage « tacite »*. — Nous n'insisterons pas longuement sur l'identité de nature qui existe entre la situation juridique du gagiste telle qu'elle dérive du contrat de gage et celle des créanciers auxquels sont accordés les privilèges traditionnellement considérés comme fondés sur un gage « tacite », nous étant déjà expliqué sur la notion de gage tacite (V. ci-dessus, p. 238 et s.; 253 et s.).

Il va de soi que cette identité de nature ne peut pas être contestée si l'on fonde ces privilèges sur l'idée qu'une convention de gage tacite ou présumée est intervenue au profit du créancier, comme l'admettent la plupart des auteurs (V. p. 239); et il en est encore de même si l'on considère le gage tacite comme un gage « légal » ou « judiciaire » (V. p. 70 et 241) car tout le monde est d'accord pour reconnaître que l'hypothèque par exemple ne change pas de nature selon qu'elle est conventionnelle, légale ou judiciaire; il en est enfin de même et pour identité de raisons, avec la notion que nous avons adoptée puisque nous avons admis que la seule différence existant entre gage conventionnel et gage « tacite » se ramenait à ceci que l'application des dispositions légales régissant les rapports du créancier, du débiteur et des tiers, était subordonnée dans le premier cas, à la mise en possession et à un acte juridique affectant la chose donnée en gage à la garantie du créancier, et dans le second à la mise en possession et à l'existence d'une créance d'une certaine nature, ou à la mise en possession et à une décision judiciaire. Dans tous les cas, la différence ne porte que sur la manière dont est déclenché le mécanisme de l'institution, et non sur le contenu de celle-ci; dans tous les cas, il y a une garantie accordée à un créancier opérant à son profit une affectation directe et immédiate de la valeur économique d'un bien déterminé, supposant l'existence d'une possession partielle de ce bien par ce créancier et produisant les mêmes effets.

Sans doute, cette identité de nature étant admise, il pourra exister des controverses à propos de cas particuliers comme

celui du bailleur (V. sur l'opinion de Thaller qui conteste au privilège du bailleur la qualité de gage tacite, supra, p. 61) ou ceux de l'aubergiste et du voiturier (V. sur l'opinion de Planiol qui n'accorde à ces créanciers qu'un droit de rétention, supra, p. 66 et 67). Mais ces controverses que nous avons examinées antérieurement laissent subsister le principe de l'unité de l'institution du gage, qu'elle soit mise en mouvement par un acte et un fait juridique ou par deux faits juridiques.

B. - *Gage avec dépossession et gage « sans dépossession »*. — Nous n'aurons guère davantage à insister sur la question des gages dits « sans dépossession » cette question se trouvant d'avance résolue par nos développements antérieurs (V. supra, p. 330 et s.).

Nous avons admis que la possession partielle du gagiste à raison de ses caractères et parce qu'elle ne saisit en définitive la chose dans son individualité organique, que comme un moyen d'atteindre sa valeur économique et de sauvegarder celle-ci, pouvait dans certains cas être exercée par l'intermédiaire du débiteur considéré comme détenteur partiel pour le compte du gagiste et que d'autre part, elle pouvait se traduire par la possession par le créancier d'un titre représentatif de la chose.

Il en résulte que s'il ne peut pas exister de gage sans dépossession, il peut exister des gages « sans détention », mais que ceux-ci s'ils présentent des caractères particuliers n'en ressortissent pas moins à la notion de gage en général, puisqu'ils entraînent une affectation au profit d'un créancier de la valeur d'un bien dont la possession proprement dite lui est en partie transférée.

C. - *Gage de meubles corporels et gage de « meubles incorporels »*. — Il paraît au contraire beaucoup plus difficile à première vue de ramener à une seule et même notion, le gage de meubles corporels et le gage de meubles incorporels, bien que cette difficulté n'ait pas semblé en général préoccuper les auteurs. Il est encore possible à la rigueur d'assimiler au gage ayant pour objet une chose matérielle, celui qui porte sur une œuvre intellectuelle objet d'un droit de propriété industrielle, littéraire ou artistique, parce qu'ainsi que nous

l'avons vu les produits de l'intelligence ne sont susceptibles d'utilisation privative qu'en tant que concrétisés dans un symbole extérieur et qu'il existe des analogies entre les droits qui frappent l'objet qui constitue ce symbole et les droits ayant pour objet les choses matérielles considérées en elles-mêmes; de même cette analogie est encore possible pour la mise en gage des créances constatées par des titres au porteur, sous réserve de l'explication du lien qui unit le titre, en tant qu'objet matériel susceptible de possession au sens propre du mot et de droits réels, et le droit de créance ou ce qui en fait l'objet, c'est-à-dire la prestation due par le débiteur.

Mais par contre cette assimilation semble à peu près impossible entre le gage des meubles corporels et le gage des créances autres que celles constatées par des titres au porteur; nous savons comment la doctrine résoud d'ordinaire la difficulté en considérant le droit de créance pris en lui-même comme pouvant faire l'objet d'un droit réel de gage au même titre qu'une chose matérielle; nous avons indiqué pour quelles raisons il nous paraissait impossible d'admettre cette solution (V. plus haut, p. 437 et s.). Dès lors si l'on admet avec nous que ce qui, dans le gage de créance, fait l'objet d'une affectation au profit du gagiste et partant, du droit de celui-ci, c'est la valeur économique non du droit de créance pris en lui-même mais de l'objet de ce droit, c'est-à-dire de la prestation, du service auquel est tenu un tiers débiteur, et si l'on considère en conséquence que ce droit du gagiste ne peut pas être un droit réel, mais un droit de nature spéciale qui est au droit de créance ce que le droit réel de gage est au droit de propriété, dans le gage de meubles corporels; ne semble-t-il pas qu'il y ait entre les deux droits et partant entre les deux institutions, la même opposition, le même antagonisme qu'il y a entre les droits réels principaux et les droits de créance? A une telle question, les principes que nous avons posés par ailleurs ne semblent laisser au premier abord d'autre possibilité de réponse que celle d'une réponse affirmative.

Mais comment expliquer dans ce cas que la nature des choses n'ait pas imposé cette distinction comme elle l'a fait en dépit de toutes les théories en ce qui concerne l'opposition des droits réels et des droits de créance, et que l'on ait pu,

sauf les difficultés que nous avons relatées en ce qui concerne la mise en possession, confondre sans inconvénients graves, ces deux institutions au sein d'une seule et même notion.

La raison en est, nous semble-t-il, bien simple; c'est que l'opposition tout en existant en réalité, est ici, par la force même des choses bien moins profonde qu'en ce qui concerne l'utilisation directe des richesses ou des services, et cela à raison de la nature même des droits du second degré; ceux-ci ayant pour objet l'appropriation d'une valeur économique peuvent s'appliquer à tout élément déterminé du patrimoine ayant une valeur pécuniaire; or les services sont au même titre que les richesses, des éléments du patrimoine, des *biens* en tant qu'ils font l'objet de droits qui leur sont propres; les avantages que le titulaire de ces droits en retire sont susceptibles comme ceux que l'on peut retirer d'une richesse, d'une chose matérielle grâce aux droits réels principaux, d'une estimation en argent; cette possibilité se traduit par le fait que les droits de créance peuvent comme les droits réels principaux faire l'objet d'une transmission à titre onéreux. Or, il est évident qu'une valeur pécuniaire est toujours en soi identique par sa nature à une autre valeur pécuniaire; on comprend dès lors que l'on puisse parler d'une identité de nature entre les droits qui affectent la valeur d'un service et ceux qui portent sur la valeur d'une richesse, et leur appliquer une seule et même notion qui d'ailleurs présentera deux variétés bien distinctes suivant la nature du bien dont la valeur fera l'objet de cette affectation. De même que les droits dont font l'objet les richesses et les services considérés en eux-mêmes, c'est-à-dire les droits réels et les droits de créance, malgré les différences qui les opposent, présentent ce caractère commun d'être des droits patrimoniaux, (ce qui les oppose par exemple aux droits de la personnalité ou aux droits de famille), de même les droits dont font l'objet leur valeur s'absorbent dans la notion commune de droit du second degré.

Mais d'autre part, au sein de la notion de droit du second degré, la notion de gage se distingue parce qu'elle suppose l'existence d'un lien entre le bien dont la valeur est ainsi affectée à la garantie d'une créance, considéré en lui-même dans son individualité organique, et cette valeur elle-même;

or il se trouve qu'à cet égard la situation est la même pour les services que pour certaines richesses, c'est-à-dire pour la plupart des meubles corporels; leur valeur ne peut faire l'objet d'une affectation efficace que si l'exercice du droit principal dont ils peuvent être l'objet, c'est-à-dire du droit de créance est dans une certaine mesure retiré à son titulaire par suite de l'impossibilité d'atteindre la valeur du service considéré autrement qu'à travers son individualité organique.

Dès lors, le droit du second degré dont la valeur des services peut faire l'objet sera de même nature que le droit dont est susceptible la valeur d'une richesse mobilière; ce sera comme lui un droit de gage.

Par conséquent si l'on peut dire qu'il existe une différence essentielle entre le gage des meubles incorporels et celui des meubles corporels, il n'y aura pas d'impossibilité radicale à les englober dans une seule et même notion dont ils constitueront deux aspects différents. Il suffira seulement de ne retenir que les deux caractères communs qu'ils présentent : 1° d'avoir pour but et pour objet l'affectation de la valeur pécuniaire d'un élément déterminé du patrimoine du débiteur; 2° de ne pouvoir atteindre la valeur de l'élément patrimonial, du *bien* considéré qu'à travers son individualité organique, ce qui suppose que l'affectation de la valeur du bien devra réagir sur le bien considéré en lui-même et comporter à son égard une certaine main-mise, un certain pouvoir de fait dont les modalités d'ailleurs varieront avec la nature de ce bien.

Il nous est maintenant possible d'envisager une définition du gage en tant qu'institution juridique et de déterminer ses éléments, puisque nous avons établi l'unité de cette notion.

§ 2. *Définition du gage en tant qu'institution juridique.* — Nous tirerons de tout ce qui précède la conclusion qui s'impose en définissant le gage : *une institution juridique ayant pour but et pour objet l'affectation directe et spéciale à la garantie d'une créance de la valeur économique d'un bien déterminé, dont la valeur ne peut faire l'objet d'une appropriation distincte qu'autant que le bénéficiaire de cette appropriation exerce, par lui-même ou par autrui, un certain pouvoir direct de contrôle et de surveillance sur ce bien envisagé en lui-même et dans son*

individualité organique, en vue de sauvegarder le maintien et l'intégrité de la dite valeur économique.

La créance qui bénéficiera de cette affectation et le bien qui en fait l'objet peuvent être *désignés* soit par les *parties* (*gage conventionnel*), soit par une *décision judiciaire*, qui ne pourra intervenir que lorsque certaines conditions prévues par la loi seront réalisées (*gage judiciaire*), soit par une *disposition même de la loi* (*gage légal*)

Dans tous les cas, les *effets* de cette affectation seront régis par les *dispositions légales* dont l'ensemble constitue le contenu de l'institution, sous réserve que dans le cas de gage conventionnel, la loi laisse latitude aux parties de déterminer ou plus exactement de préciser, dans *une mesure qu'elle fixe elle-même* certains de ces effets.

Dans tous les cas également, le fonctionnement de l'institution sera *subordonné* à l'existence d'un *fait juridique* qui consistera dans la réalisation de certaines conditions assurant au créancier le pouvoir direct de contrôle et de surveillance qui doit lui appartenir sur le bien dont s'agit et révélant aux yeux des tiers l'affectation dont ce bien fait l'objet, autrement dit à la nécessité d'une *mise en possession.*

§ 3. *Les éléments de l'institution juridique du gage.* — Etant acquis que l'institution juridique du gage a pour base essentielle l'affectation directe et spéciale à la garantie d'une créance de la valeur économique d'un bien déterminé présentant des caractères spéciaux, il nous est dès lors facile de déterminer les divers éléments de cette institution, ces éléments se rapportant soit aux conditions d'existence, soit aux effets de cette affectation.

A. - *Conditions d'existence.* — Elles sont au nombre de quatre :

a) Existence d'une *créance à garantir.*

b) Existence d'un *bien déterminé* dont la valeur est affectée à la garantie de cette créance, et qui doit présenter ce caractère que sa valeur n'est susceptible d'appropriation qu'autant que le titulaire de cette appropriation exerce sur le bien lui-même un pouvoir direct de contrôle ou de surveillance par lui-même ou par autrui. Ces caractères se présentent 1° pour les *choses matérielles difficilement individualisables,*

aisément susceptibles de détournement, de disparition ou de destruction, c'est-à-dire pour la plupart des *meubles corporels*; 2° pour les *produits de l'intelligence*, susceptibles d'exploitation privative par une personne en tant que concrétisés dans un symbole ou objet extérieur c'est-à-dire pour les *œuvres intellectuelles, les inventions, les procédés commerciaux et industriels*; 3° pour les *services*, les *prestations* dues par un débiteur, et faisant l'objet d'un *droit de créance*.

c) - Détermination de la créance garantie et de l'objet de l'affectation par un *accord de volontés* (contrat de *gage*), par une *décision judiciaire* (affectation spéciale en cas de cantonnement d'une saisie arrêt, etc..), ou par une *disposition légale* favorisant certains créanciers déterminés à raison de *la nature de leur créance* (privilèges mobiliers spéciaux considérés comme fondés sur un gage « tacite »).

d) Attribution au créancier d'un *pouvoir direct sur le bien* pris en lui-même et *extériorisation de l'affectation aux yeux des tiers*, autrement dit transfert au créancier de la *possession partielle* du bien, possession affectant principalement la valeur du bien donné en garantie et l'individualité de celui-ci en tant que liée à cette valeur et devant dans certains cas comporter l'attribution au créancier d'une *détention partielle* du bien, cette détention étant dans d'autres cas attribuée à un tiers ou laissée au débiteur (V. plus haut, p. 321 et 330).

B - *Effets de l'affectation*. Nous n'avons pas à insister sur les effet juridiques résultant de l'affectation de la valeur du bien donné en gage au profit des créanciers et qui se produisent dès que les conditions que nous venons d'énumérer sont réalisées, puisqu'ils constituent pour ainsi dire le contenu même de l'institution et qu'ils ont été étudiés précédemment avec toute l'ampleur désirable. Nous pouvons donc nous contenter d'une simple énumération; ce sont :

a) *le droit de gage proprement dit* qui opère l'affectation qui est à la base de l'institution en donnant au créancier le droit de conserver la possession partielle du bien jusqu'au payement ou à l'échéance de la dette garantie, de faire procéder dans les formes légales à la vente de ce bien, et de se payer sur le prix. Nous savons que ce droit est un *droit du second degré* ayant essentiellement pour objet la valeur

économique du bien qui en fait l'objet et nous en avons ci-dessus précisé la nature et les caractères (V. plus haut, p. 420 et s.).

b) *le privilège du gagiste* qui vient s'ajouter à ce droit et lui donner son rang préférentiel qui lui permet de primer certains privilèges (V. plus haut, p. 445 et s.).

c) *le droit pour le gagiste d'invoquer les effets attachés à la possession*, notamment en matière de meubles corporels (*application de l'article 2279 du Code civil*).

d) *les obligations du gagiste* touchant la conservation et la restitution du bien dont la possession et dans la plupart des cas la détention lui ont été remises sous réserve des distinctions faites plus haut en ce qui concerne les gages sans détention (V. p. 492).

e) *les obligations du tiers convenu* lorsqu'il y en a un, ou du constituant lorsqu'il est partiellement détenteur pour le compte du gagiste.

f) *les obligations éventuelles du constituant*, celles-ci exigeant en outre un fait juridique, l'existence d'un dommage causé au créancier soit par la détention du bien donné en gage soit par l'accomplissement des obligations qui dérivent pour lui de cette détention.

Section II.

Essai de classification des applications de la notion de gage.

§ 1. *Procédés de classement.* — Les différentes variétés de la notion de gage peuvent être classées de diverses sortes suivant que l'on s'attache à l'une ou l'autre des quatre conditions que suppose l'affectation du bien donné en gage à la garantie de la créance garantie et que nous avons énumérées plus haut (V. p. 529).

A. - D'après la nature de la *créance garantie*, on distingue nous le savons le gage *civil* et le gage *commercial*, le premier

garantissant une créance civile, le second une créance ayant le caractère commercial, que le débiteur soit ou non commerçant.

B. - D'après la *nature du bien affecté à la garantie du créancier* on doit distinguer : 1° *le gage de choses* ou gage *de meubles corporels*; 2° le *gage d'œuvres intellectuelles*, ce mot étant pris comme nous l'avons indiqué à diverses reprises dans un sens très large englobant tous les produits de l'intelligence en tant qu'ils se concrétisent dans un symbole extérieur susceptible d'exploitation ou de reproduction (œuvres littéraires ou artistiques, inventions dessins, marques de fabrique et de commerce etc...); 3° le *gage de créances* ou plus exactement de prestations.

C. - D'après *la manière dont sont déterminés la créance garantie et le bien donné en gage*, on peut distinguer comme nous le savons : le gage *conventionnel*, le gage *légal* et le gage *judiciaire*; mais il faut bien préciser que dans tous les cas la source des diverses situations juridiques par lesquelles se traduit l'affectation de la valeur économique du bien donné en gage au profit du créancier gagiste est en définitive la loi, la convention des parties ou la décision judiciaire n'intervenant que pour mettre en mouvement à propos d'individus, de biens et de créances déterminés, les règles légales, sous réserve de la liberté laissée aux parties par la loi de préciser ou de modifier certaines de ces règles, ce qui est d'ailleurs l'exception en matière de gage. Dans le gage dit légal, et que nous appelons ainsi faute d'un terme plus exact, ce rôle est rempli par l'acte ou le fait juridique qui donne naissance à la créance garantie (V. plus hut, p. 253 et 254).

D. - *D'après la nature de la possession partielle du gagiste et son mode d'exercice*, on peut faire diverses distinctions :

a) la première se confond avec celle basée sur la nature du bien donné en garantie; nous savons en effet que si l'on étend la notion de possession aux biens incorporels, la possession des services et celle des œuvres intellectuelles est aussi différente de celle des choses matérielles que les droits de créance et les droits ordinairement appelés droits réels intellectuels ou droit de propriété industrielle, littéraire ou

artistique, le sont des droits réels proprement dits. Par conséquent, la distinction du *gage de choses*, du *gage d'œuvres intellectuelles*, et du *gage de créances* s'impose aussi bien au point de vue de la possession qu'au point de vue de la nature du bien donné en gage; remarquons que les différences entre ces trois variétés de gage sont même pratiquement plus apparentes au point de vue de la possession qu'au point de vue du droit de gage proprement dit, ce qui explique que c'est souvent à ce seul point de vue que l'on fait d'ordinaire la distinction; en effet, la possession est dans l'ensemble de l'institution, la notion qui caractérise le mieux le lien existant entre le bien pris en lui-même dans son individualité organique et la valeur pécuniaire qu'il représente et qui fait l'objet propre du droit de gage; or nous savons que la différence de nature des biens (richesses, services, idées concrétisées et extériorisées) qui font l'objet des droits réels, des droits de créance et des droits intellectuels, apparaît avec plus de netteté lorsqu'on les envisage dans leur individualité, au point de vue de leur nature intrinsèque que lorsqu'on les considère simplement comme des éléments du patrimoine ayant une valeur pécuniaire.

b) On peut aussi distinguer suivant que : 1° la possession est exercée par le *gagiste lui-même*, auquel cas, nous le savons, il joint à sa *possession partielle*, une *détention partielle* pour le compte du constituant; 2° la possession est exercée *par un « tiers convenu »* auquel cas *gagiste et constituant* ont, chacun *pour partie*, la *possession* de la chose ou du bien, le *tiers* en ayant la *détention* pour le compte de l'un et de l'autre, 3° la possession du gagiste est exercée par *le débiteur constituant*, (gages sans détention) auquel cas, nous le savons, le *gagiste* conserve sa *possession partielle*, le *débiteur* ayant à la fois une *possession partielle* pour son compte et une *détention partielle* pour le compte du constituant.

c) Enfin, on peut distinguer les cas où la possession du gagiste est caractérisée directement par des *actes accomplis sur la chose même* soit par lui-même soit par un autre pour son compte et en son nom, des cas où elle se manifeste par *la possession* d'un titre *représentatif* de la chose, étant entendu que ce dernier cas suppose toujours en même temps une possession par l'intermédiaire soit d'un tiers soit du consti-

tuant; à ces cas on pourrait ajouter la *possession du bailleur* d'immeubles pour lequel la possession à titre de gagiste des meubles du locataire se manifeste par la *possession de l'immeuble* dans lequel ils se trouvent.

Toutes ces distinctions n'ont pas la même valeur et ne doivent pas être mises sur le même plan; de plus elles s'enchevêtrent et s'interpénètrent en quelque sorte : par exemple la distinction du gage civil et du gage commercial s'applique à la fois au gage de choses, au gage de créances et au gage d'œuvres intellectuelles; la distinction du gage conventionnel, légal et judiciaire dans le sens que nous donnons à ces termes est en principe susceptible de s'appliquer au gage commercial (gage « tacite » du commissionnaire) comme au gage civil, etc...

On pourrait encore faire des sous-distinctions; distinguer par exemple au sein du gage de choses, le gage des meubles corporels proprement dits et le gage d'une somme d'argent (cautionnement» qui présente des traits spéciaux et que l'on confond parfois avec le gage de créances); faire parmi le gage des créances, des distinctions fondées sur le mode de constitution ou le transfert de la possession (créances à personne dénommée, créances représentées par des titres nominatifs, à ordre ou au porteur) etc...

Nous ne pouvons avoir la prétention ici de procéder à une classification invariable embrassant l'ensemble des distinctions et sous-distinctions possibles dans ce domaine; nous pensons cependant qu'il est possible et peut être utile d'essayer de grouper les principales variétés de la notion de gage d'une manière rationnelle en établissant en quelque sorte une hiérarchie entre les distinctions possibles.

§ 2. *Essai de classification rationnelle.* - A. - *Nature du bien donné en garantie.* — La distinction essentielle nous paraît être celle du gage *de meubles corporels*, du gage *de créances* et du gage *d'œuvres intellectuelles*, ces trois variétés traduisent en effet des réalités économiques différentes puisqu'elles affectent respectivement la valeur économique des *richesses*, des *services* et des *idées*, en tant que celles-ci entrent dans le patrimoine des hommes, qu'elles sont un objet d'appropriation ou d'utilisation privative.

La différence qui existe entre eux se traduit nous le savons tant au point de vue de la *possession* et de la *détention* du gagiste qu'au point de vue du *droit de gage proprement dit* (droit réel du second degré, droit de créance du second degré, droit intellectuel du second degré). En ce qui concerne celui-ci, la différence s'avère surtout en tant que pour atteindre la valeur du bien donné en garantie, il s'applique à ce bien considéré en lui-même (par exemple en ce qui concerne l'action réelle en cas de dépossession involontaire qui ne peut guère se concevoir que pour le gage de meubles corporels); elle est au contraire moins grande lorsque le droit de gage est considéré au point de vue du droit de faire vendre et de se payer sur le prix (droit de préférence). La différence existe encore au point de vue des *obligations du gagiste* à raison du lien étroit qu'elles ont avec l'individualité organique du bien et avec la possession et la détention du gagiste. Par contre, dans les trois cas, le *privilège* du gagiste qui vient seulement renforcer le droit de préférence sur le prix dérivant de l'affectation de la valeur pécuniaire du bien considéré au profit du gagiste, conserve une nature identique

B. - *Modes d'exercice de la possession.* — Dans les trois cas on peut distinguer : 1° le gage avec possession exercée directement par le gagiste; 2° le gage avec possession exercée par un tiers convenu; 3° le gage dans lequel la possession du gagiste est exercée par le constituant (gages sans dépossession), bien que ce cas se présente le plus fréquemment pour le gage de meubles corporels, sous réserve de ce que nous avons dit touchant le nantissement du fonds de commerce. Nous savons que cette distinction affecte tant la *possession* et la *détention* du gagiste que les *obligations* qui lui incombent. Elle n'affecte au contraire ni le droit de gage pris en lui-même ni le privilège du gagiste

A cette distinction vient comme nous l'avons vu s'ajouter pour les meubles corporels, la distinction du gage comportant la possession de *la chose même* et du gage dans lequel la *chose est représentée* par un titre (warrants commerciaux, crédit documentaire, warrants agricoles, hôteliers, pétroliers) la distinction de la possession par un tiers convenu ou par le constituant venant se placer au sein de celle-ci et distinguant

par exemple le cas des warrants commerciaux, du crédit documentaire, des warrants agricoles dans le cas où les produits, warrantés sont détenus par un tiers tel qu'une coopérative agricole, du cas des warrants agricoles avec détention par l'emprunteur, des warrants hôteliers, des warrants pétroliers, du gage accordé aux vendeurs à crédit de voitures automobiles.

C. - « *Déclenchement* » *de l'institution.* — C'est au sein des distinctions précédentes que nous plaçons celle du gage *conventionnel*, *légal* ou *judiciaire*, puisqu'elle s'applique uniquement à la manière dont l'institution du gage entrera en jeu à propos d'individus ou de biens déterminés, et qu'elle ne touche pas en définitive aux effets mêmes de l'institution.

D. - *Nature civile ou commerciale de la créance garantie.* — Nous sommes enfin amenés à considérer comme *subordonnée aux autres* la distinction que l'on considère d'ordinaire comme essentielle du *gage civil* et du *gage commercial*. Nous avons en effet indiqué au cours de notre première partie que ces deux formes de gage ne se distinguaient au fond que par des différences de règlementation. Nous ne méconnaissons pas l'importance pratique de la distinction, mais il est évident qu'elle laisse subsister l'unité de l'institution tant au point de vue scientifique qu'au point de vue technique.

En effet, ainsi que l'a fait très justement remarquer M. le professeur Bonnecase (*Traité de Droit commercial maritime*, n° 41, p. 34; *Précis de Droit civil*, I, n° 50 p. 46) il serait inexact de considérer Droit civil et Droit commercial comme deux branches entièrement distinctes du Droit privé en général; « organiquement et rationnellement... le Droit commercial est un dérivé, une émanation du Droit civil », celui-ci embrassant d'une manière générale, les notions de rapport de droit privé, de personne, de richesse, de service qui trouvent en Droit commercial des applications particulières, tout en conservant leur nature.

Cette dépendance du Droit commercial par rapport au Droit civil (comme d'ailleurs celle du Droit commercial maritime par rapport au Droit commercial terrestre ou Droit commercial général; Bonnecase, *Droit maritime*, n° 38, p. 32) sur laquelle il nous est impossible d'insister ici et pour la-

quelle nous devons nous contenter de renvoyer aux développements de M. le professeur Bonnecase dans les ouvrages précités, apparaît particulièrement en notre matière. Il est bien évident par exemple que les warrants agricoles et les warrants hôteliers ont entre eux une parenté certaine, bien que les uns ressortissent au Droit civil et les autres au Droit commercial; de même les warrants commerciaux, le crédit documentaire et les warrants agricoles en cas de détention des produits warrantés par l'intermédiaire d'un tiers présentent des caractères communs bien que ces institutions ressortissent respectivement au Droit commercial terrestre, au Droit maritime et au Droit civil; le gage de créances ou le gage de choses ne changent pas de nature suivant qu'ils ont pour but de garantir une dette civile ou une dette commerciale et le contrat de gage joue le même rôle dans l'un et l'autre cas.

Par conséquent, rationnellement, la distinction du gage civil et du gage commercial ne peut intervenir qu'à l'intérieur des distinctions précédentes et on ne saurait sous peine de n'avoir qu'une vision fragmentaire des notions générales qui dominent l'institution du gage lui donner la première place comme on le fait généralement.

Section III.

Place de l'institution juridique du gage dans l'ensemble du Droit du crédit - Ses données expérimentales et rationnelles. - Son importance pratique.

Il nous est désormais aisé de situer au milieu des différentes institutions dont l'ensemble constitue le droit du crédit, la place exacte de la notion de gage ainsi que de déterminer les données tant rationnelles qu'expérimentales qui sont à la base de cette notion.

§ 1. *Place du gage dans l'ensemble du droit du crédit.* — En comparant dans le chapitre précédent la situation du

gagiste à celle des autres créanciers nous avons déjà laissé entrevoir la place qui revient à la notion de gage dans l'ensemble du Droit du crédit.

Nous avons d'ailleurs dès l'*Introduction* pris soin de préciser que les institutions du Droit du crédit se groupaient autour des notions de crédit réel ou objectif fait moins à la personne qu'à ses biens et de crédit personnel ou subjectif fait principalement à la personne et à son activité économique.

Or il est évident que le gage comme l'hypothèque ressortit à la première de ces notions, puisque ces deux institutions traduisent l'affectation directe et immédiate à la garantie d'une créance, de la valeur économique d'un bien déterminé.

Par là elles s'opposent aux institutions de crédit personnel et notamment à celles qui régissent la situation des créanciers chirographaires, qu'il s'agisse de créanciers chirographaires à gage indéterminé ou spécialisé.

Le gage est donc une *sûreté réelle*, ou tout au moins une *sûreté objective* affectant à une créance la valeur économique soit d'une richesse mobilière, soit d'un service, soit d'une idée concrétisée dans un symbole extérieur et susceptible d'utilisation privative ou d'exploitation exclusive au profit d'une personne.

En définitive les institutions du Droit du crédit traduisent toujours l'*affectation* au profit d'un créancier de *la valeur pécuniaire* des éléments divers qui composent le patrimoine du débiteur ou à la rigueur, d'un tiers, (richesses, services, idées « patrimonialisées »); mais tantôt cette affectation est *directe et spéciale*, comme pour le *gage* et l'hypothèque (crédit *réel* ou *objectif*), tantôt elle est *indirecte* (crédit *personnel* ou *subjectif*), et peut être alors, soit *générale* (*créanciers chirographaires à gage indéterminé*), soit plus ou moins *spécialisée*, soit quant à une quote-part du patrimoine, soit quant à un élément individualisé de celui-ci (créanciers chirographaires à gage *déterminé* ou *individualisé*)

La notion de *privilège* qui joue, comme nous l'avons vu un rôle important en matière de gage, vient *se joindre* à l'une ou l'autre de ces affectations et lui donner un rang préférentiel; elle ressortit donc à la fois au crédit réel et au crédit personnel ou si l'on veut *à l'ensemble du Droit du crédit*.

Il faut ajouter pour être complet que l'on peut concevoir que l'on utilise à des fins de garantie, la *transmission* temporaire d'un *droit principal*, soit d'un droit réel, soit d'un droit de créance; nous nous trouvons alors en présence de *l'aliénation fiduciaire* qui a été on le sait la première forme de la garantie réelle et qui, bien que *prohibée* en principe dans notre Droit sous la forme du *contrat pignoratif* y trouve cependant encore sa place soit sous la forme d'une *cession de créances à titre de garantie* (cession de loyers ou de fermages, par exemple), soit sous la forme de l'*antichrèse* en tant qu'elle comporte l'*aliénation des revenus* ou *fruits d'un immeuble*.

Il est évident qu'en principe la notion de *gage* n'a rien de commun avec cette forme de sûreté puisqu'elle affecte la *valeur pécuniaire* d'un bien alors que l'*aliénation fiduciaire* affecte le *bien pris en lui-même*. Cependant en ce qui concerne notamment le gage de créances, il est parfois difficile de distinguer le gage proprement dit de la cession à titre de garantie (V. ce que nous avons dit à propos du report, Ire partie, p. 144; de même pour la mise en gage des rentes sur l'Etat notamment pour les titres nominatifs avec coupons au porteur, p. 125); il arrive aussi qu'un acte qui devrait transférer la chose elle-même envisagée dans son individualité organique et le droit de propriété dont elle fait l'objet n'a en réalité pour but que d'en affecter la valeur à titre de gage à un créancier (transfert du récépissé à titre de garantie après un transfert du warrant unique, en cas de warrants commerciaux, supra, p. 75) Malgré tout, il est évident que les deux notions restent distinctes comme le prouve la prohibition, en matière de gage, du pacte commissoire.

§ 2. *Données expérimentales et rationnelles de la notion de gage. - Son importance pratique.* — Comme nous avons pris soin de l'indiquer dans l'*Introduction* (p 18 et s.) l'institution juridique du gage comme toutes les autres n'est pas seulement un agencement technique de règles de droit; elle a pour but de traduire les données scientifiques des sources réelles des règles de droit; ainsi que nous le savons, ces données sont à la fois d'ordre expérimental et d'ordre rationnel.

En ce qui concerne le gage, nous savons que les données expérimetales se confondent avec les besoins économiques

auxquels il donne satisfaction en organisant le crédit objectif fait moins à la personne du débiteur qu'à certains éléments de son patrimoine; nous savons qu'il se borne à traduire sous la forme impérative et sociale propre aux institutions juridiques, l'affectation de la valeur économique des services, des idées en tant que susceptibles d'appropriation et d'exploitation exclusive, et de certaines richesses (meubles corporels). Nous ne reviendrons pas ici sur tout ce que nous avons dit à ce sujet.

Quant aux données rationnelles issues de la notion de Droit, si elles apparaissent au premier abord un peu noyées en quelque sorte par la foule de dispositions techniques nécessaires au bon fonctionnement de l'institution, elles n'en apparaissent pas moins dans le souci qu'a apporté la loi à ce que la sûreté conférée au créancier remplisse exactement son but et ne vienne pas compromettre l'équilibre des patrimoines du débiteur et du créancier (prohibition du pacte commissoire, obligations du gagiste, obligations éventuelles du constituant); elles apparaissent encore dans la protection accordée aux tiers et dans les mesures prises pour qu'ils soient avertis des droits du gagiste (nécessité de la mise en possession; publicité des gages « sans détention »); elles expliquent enfin les dispositions qui rendent la garantie du créancier efficace (concession d'un privilège) ou qui l'accordent à certains créanciers en dehors d'un contrat de gage exprès (gage « tacite ») ou dans la protection accordée au gagiste à raison du caractère de bonne foi de sa possession (art. 2279).

Dans tous ces cas, la loi s'efforce d'accorder à tous les intéressés ce qui leur est dû selon la justice objective en tenant compte de tous les intérêts en cause et de leurs rapports avec l'intérêt général.

En définitive elle se préoccupe à la fois de procurer aux débiteurs les crédits dont ils ont besoin, d'assurer aux créanciers le recouvrement de leur créance et de sauvegarder les intérêts des tiers.

La complexité des intérêts en cause est en définitive la meilleure explication de la diversité des dispositions techniques qui assurent dans notre Droit l'organisation du crédit mobilier; certes, il n'est point certain que tout y soit parfait

et nous avons eu l'occasion sur plusieurs points, notamment en matière de crédit documentaire, de souligner les difficultés auxquelles a donné lieu l'insuffisance des dispositions réglementaires; dans d'autre domaines, tels que celui des warrants agricoles, on a pu estimer au contraire que c'était l'abondance et la multiplicité de la réglementation et des formalités imposées qui gênaient le développement de certaines formes modernes du gage (V. également en ce qui concerne la vente à crédit des véhicules automobiles, plus haut, p. 230).

Il est certain que la législation appelle sur de nombreux points des retouches; il n'empêche que dans l'ensemble elle remplit son but, et assure d'une manière suffisante la protection des différents intérêts en cause.

Aussi bien, le gage qui apparaissait comme quelque peu sacrifié comme forme de crédit au profit de l'hypothèque a-t-il pris de nos jours une nouvelle importance en ce qui concerne surtout le gage commercial et le gage de créances. Ce développement est le résultat de l'accroissement de la fortune mobilière à l'époque moderne.

A l'heure actuelle le gage apparaît comme susceptible d'applications fréquentes et d'un intérêt pratique certain; l'apparition des formes nouvelles qualifiées soit de gages « sans dépossession », soit d'hypothèques mobilières et qui sont venues consacrer la possibilité d'utiliser des éléments de crédit dont l'utilisation comme telle était rendue à peu près impossible en présence des régles générales régissant le crédit mobilier, a encore accru l'intérêt que présentait au double point de vue théorique et pratique la notion de gage.

Cependant alors que d'autres parties du droit du crédit (notion de privilège, situation du créancier chirographaire, droit de rétention) ont fait l'objet de nombreuses études, le gage n'a jusqu'ici attiré que fort peu l'attention des juristes, ainsi qu'on a pu le voir au cours de cette étude.

Il est cependant impossible d'élaborer une théorie d'ensemble du Droit du crédit sans avoir une notion exacte de ce qu'est le gage, des réalités économiques auxquelles il répond et des notions juridiques qu'il met en jeu.

Nous n'avons pas la prétention de combler d'une façon complète cette lacune grâce à la présente étude; celle-ci n'a et ne peut avoir d'autre valeur que celle d'un essai fort

modeste de compréhension et de systématisation des notions générales qui dominent l'institution; nous serions heureux que cette matière si complexe attire l'attention d'auteurs plus expérimentés et plus habiles et qu'ils s'efforcent d'accomplir l'œuvre de classification scientifique que nous n'avons pu qu'esquisser.

Cette œuvre d'ailleurs est loin de présenter un intérêt purement et simplement théorique. C'est une erreur peut être trop répandue de ne voir dans les études scientifiques en matière de Droit que des passe-temps de savant de cabinet ou des jeux d'esprit très compliqués sans intérêt pour l'application pratique des règles juridiques; il n'est jamais inutile d'avoir une vue d'ensemble aussi exacte que possible et modelée autant qu'il se peut sur les réalités économiques et sociales, des notions juridiques qu'implique une matière donnée. C'est souvent pour avoir accepté trop facilement et sans examen des conceptions formulées peu à peu, souvent à des époques différentes, d'une façon tout empirique et juxtaposées au hasard que l'on s'est trouvé, en présence de phénomènes nouveaux, dans l'impossibilité de les rattacher à des cadres généraux dans lesquels ils rentraient normalement par leur nature spécifique. On a dû alors forger de toutes pièces une règlementation de détail, sans idées générales, ce qui n'est pas fait pour en faciliter l'étude et l'application pratique.

Cela est particulièrement exact en ce qui concerne le gage. Ainsi en ce qui concerne le gage de créances qui s'est considérablement développé depuis le Code civil, celui-ci ne lui a consacré que quelques dispositions de pure forme sans se préoccuper de la nature de l'institution; dans le silence du Code, une vue claire de sa nature juridique aurait certainement permis à la Jurisprudence de régler la plupart des difficultés qui se sont élevées à son sujet et qu'elle n'a résolues que d'une façon empirique, et variant avec les cas d'espèce. De même les auteurs du Code ne pouvaient prévoir le développement que prendrait la constitution du gage par l'intermédiaire d'un « tiers convenu », ni entrevoir le rôle que pourrait jouer la notion de titre représentatif d'une chose mobilière; une étude attentive au point de vue théorique de la situation du gagiste et de celle des tiers convenus au point

de vue de la possession, aurait pu donner une organisation juridique adéquate aux warrants commerciaux, agricoles ou hôteliers, au crédit documentaire, etc... Toutes les divergences et les difficultés auxquelles a donné lieu le gage sans déplacement auraient peut être disparu, ou en tous cas ce seraient présentées sous un jour nouveau, si, au lieu de répéter ce qu'avaient dit du gage Pothier et les auteurs antérieurs, on avait cherché à en déterminer les caractères en s'inspirant tant des textes en vigueur interprétés rationnellement que des réalités économiques auxquelles répondait cette institution. Ce n'est pas seulement le principe même des gages sans déplacement qui aurait été éclairé par ces notions générales, mais maints détails de leur organisation qui ont suscité en Jurisprudence des décisions en sens contraire et qui auraient été ainsi placés en dehors de toute discussion.

C'est pourquoi nous avons cru utile d'entreprendre cette étude que nous avons rigoureusement limitée au domaine du Droit privé français actuel, en laissant de côté tant le point de vue historique que celui de la législation comparée; il ne nous échappe pas que nous aurions pu tirer de l'étude de l'histoire ou des législations étrangères d'utiles enseignements; mais outre que nous avions le sentiment que la compétence nécessaire nous manquait pour entreprendre ces recherches, il nous est apparu que cette limitation nous laissait un domaine assez vaste à explorer pour nous permettre d'y borner notre ambition. Nous estimerons que notre effort n'a pas été complètement inutile, s'il contribue à apporter quelque clarté dans le domaine si complexe du Droit du crédit et à faciliter dans une certaine mesure l'interprétation et l'application des dispositions qui régissent dans notre Droit le crédit mobilier.

Vu ; Le Doyen,
FERRADOU.

Vu : Le Président de la Thèse,
J. BONNECASE.

Bordeaux, le 5 Février 1937.

Vu et Permis d'imprimer :
Bordeaux, le 6 Février 1937
Le Recteur de l'Académie,
A. TERRACHER.

BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES ET ARTICLES

AINTZ. — *Cours de Droit civil français*, 2e éd., Paris, Marescq, 1880, IV.

ALLARD. — *Traité des brevets d'invention*, 1887, II.

AUBRY et RAU. — *Cours de Droit civil français*, 5e éd., par Rau, Falcimaigne, Gault et Bartin, 12 vol., Paris, 1897-1922.

P.-E. AVRIL. — *Principe et caractères juridiques de la constitution de gage sur les meubles corporels. Etude de droit français*, Thèse, Paris, 1898.

BALLEYDIER. — *Revue critique*, 1886, p. 415, 523 et 568.

BADAOUI. — *Du développement de la notion de privilège*, Thèse, Grenoble, 1912.

BAUDRY-LACANTINERIE. — *Précis de Droit civil*, 12e éd., par Guyot, t. I et II, Paris, 1922.

BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU. — *Traité des biens*, 3e éd., 1 vol., Paris, 1905.

BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES. — *Traité du nantissement, des privilèges, et hypothèques et de l'expropriation forcée*, 3e éd., 3 vol., Paris, 1906.

BECQUÉ. — V. Planiol, Ripert et Becqué.

BEUDANT (Ch.). — *Cours de Droit civil français, Sûretés personnelles et réelles, I*, Paris, 1896.

BOBES-PANAIT. — *Les cas d'application du droit de rétention*, Thèse, Paris, 1913.

BOISTEL. — *Précis de Droit commercial*, 1re éd., Paris, 1875; 3e éd., Paris, 1884.

BONNECASE. — *La condition juridique du créancier chirographaire. Sa qualité d'ayant cause à titre particulier*, 1 vol., Sirey, 1921.

— *Introduction à l'étude du Droit*, 2e éd., Paris, Sirey, 1931.

— *La notion de Droit en France au XIXe siècle. Contribution à l'étude de la philosophie du Droit contemporaine*, 1 vol., Paris, De Boccard, 1919.

— *Science du Droit et romantisme. Le conflit des conceptions juridiques en France de 1880 à l'heure actuelle*, 1 vol., Paris, Sirey, 1928.

— *La science du Droit civil. Considérations sur son état présent*. Paris. De Boccard, 1931.

BONNECASE. — *Traité de Droit commercial maritime*, Paris, 1925.
— *Le Droit commercial maritime. Son particularisme*, 2e éd., 1931.
— *Supplément au Traité théorique et pratique de Droit civil de Baudry-Lacantinerie et de ses collaborateurs*, Paris, Sirey, III (1926) et V (1930).
— *Précis de Droit civil*, 3 vol., Paris, 1935.
BOUVIER-BANGILLON. — *De la vente et du nantissement des fonds de commerce.*
BOUCHÉ. — *Les avances sur documents maritimes*, Thèse, Bordeaux, 1919.
BRIAULT (G.). — *De la notion de privilège en Droit civil français*, Thèse, Paris, 1911.
BRILLON. — *Dictionnaire des arrests*, Pariss, Cavelier, 1727.
BROUILLET. — *Le warrantage des produits agricoles*, « Musée social », Octobre 1899, p. 495.
BRY. — *Cours élémentaire de législation industrielle*, Paris, 1895.
CAPITANT (H.). — *Essai sur la subrogation réelle*, « Rev. Trim », 1914, p. 414.
— *La vente à tempérament des automobiles*, D. Hebd., 1935, « Chron. », p. 9 et s.
CARBONNIER (J.). — *Le régime matrimonial. Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Thèse, Bordeaux, 1932.
CAUWES. — *Cours d'économie politique*, 3e éd., 4 vol., Paris, 1893.
CATALAN. — *Condition juridique du fonds de commerce*, Thèse, Montpellier, 1899.
CÉCILION. — *Essai sur les warrants agricoles par comparaison avec les warrants récépissés*, Thèse, Lyon, 1913.
CHARMONT (J.). — « Revue trim. de Dr. civil», 1907, p. 41.
CHATEL. — *Du nantissement des obligations de sociétés non placées*, Thèse, Rennes, 1907.
CHÉRON. — *Eléments de Droit commercial français*, 1 vol., Paris, Sirey, 1919.
COHEN. — *Le marché des blés tendres à Marseille*, Thèse, Aix, 1914.
COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de Droit civil français*, 3 vol., 4e éd., Paris, 1923 - 1925 ; 8e édition (avec le concours de M. Julliot de la Morandière), Paris, Dalloz, 1934-35.
COLMET DE SANTERRE. — *Cours analytique du Code civil de Demante complété et annoté* (à partir du t. IV), 1858-1884.
COMBESCURE. — *Revue critique*, Octobre, 1903.
DE CORNULIER-LUCINIERE. — *Le nantissement des fonds de commerce*, Thèse, Nancy, 1910.
CRÉMIEUX. — *L'individualisation de la marchandise dans la vente caf*, « Ann. dr. comm. », 1922, p. 168.
DELVAS. — *Du* pignus nominis. Thèse de Droit romain. - *Du gage de choses incorporelles en matière civile et commerciale*, Thèse *de Droit français*, Paris, 1892.

DELVINCOURT. — *Cours de Code civil*, Dijon, 1834.
DEMANTE. — V. Colmet de Santerre.
DEMOGUE. — *Notions fondamentales de Droit privé*, 1911.
DEMOLOMBE. — *Cours de Code Napoléon*, 31 vol., Paris, 1869-1882.
DEVILLEZ. — *Les warrants agricoles*, Thèse Paris, 1909
DURAND (L.). — *Le crédit agricole en France et à l'étranger*, 1891.
DURAND. — *Du warrant hôtelier*, Thèse, Toulouse, 1914.
DURANTON. — *Cours de Droit français suivant le Code civil*, 3e éd., 21 vol. Paris, 1834-1837.
FAILLIÉ. — *Du crédit documentaire dans l'économie moderne. Ses rapports avec la vente à réméré*, Thèse, Paris, 1924.
FERRADOU (F.). — *Rôle de la possession en Droit privé français*, Thèse, Bordeaux, 1928.
FERRON. — *Note au S.* 01, 1, 193.
FIALON. — *Du nantissement des fonds de commerce*, Thèse, Bordeaux, 1909.
FILIP. — *De la nature juridique du droit du créancier chirographaire* Thèse, Paris, 1922.
FRANÇOIS. — *La propriété de la provision en matière de lettre de change*, Thèse, Bordeaux, 1929.
GALLIET. — *Le gage sans dessaisissement et le crédit agricole*, 1899.
GARY (R.). — *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit.* Thèse, Bordeaux, 1932.
GAUDEMET. — *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, Thèse, Dijon, 1898.
GAZEL. — *Etude juridique de l'avance sur titres*, Thèse Paris, 1913.
GAZIN. — *Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique*, Thèse, Dijon, 1911.
GÉNY. — *Science et technique en Droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, 4 vol., Paris, 1913-1924.
GERMINET. — *Le warrant hôtelier*, Thèse Paris 1930
GIRARD. — *Manuel élémentaire de Droit romain* (5e éd., Paris, 1911).
GOMBEAUX. — *Nature juridique du fonds de commerce*, Thèse, Caen, 1901.
GOUNOT. — *Le principe de l'autonomie de la volonté en Droit privé*, Thèse, Paris, 1912.
GRENIER. — *Des hypothèques*, 3e éd., Clermont-Ferrand, Thibaut, 1829.
GRASSIN. — *Du crédit maritime et de son organisation*, Th. Paris, 1921.
GUILLOUARD. — *Traité du nantissement et du droit de rétention*, 2e éd.,
GUIONIN. — *De la mise en gage des créances et spécialement de l'avance sur titres*, Thèse, Paris, 1907.
GUYOT. — *Une nouvelle conception de la théorie des contrats réels*, « Rev. Générale », 1911, p. 152 et s.
HANUS. — *Le fonds de commerce comme moyen de crédit*, Thèse, Nancy, 1920.
HARDEL (R). — *Des récépissés et warrants délivrés par les magasins généraux*, Paris, Sirey, 1936.

HENRY. — *De la subrogation réelle conventionnelle et légale*, Thèse, Nancy, 1913.
HÉMARD. — *Du gage commercial constitué par l'intermédiaire d'un tiers*, « Ann. de dr. comm. », 1902, p. 106 et s.
HOMMEL. — *Le droit de rétention. Essai d'une théorie en Droit français*, Thèse, Strasbourg, 1928.
HOGREL. — *Des warrants agricoles.*
HUC. — *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, 15 vol., 1892-1903.
IERHING. — *Fondement de la protection possessoire*, 1865.
— *Rôle de la volonté dans la possession*, 1891, Trad. Meulenaere.
JALLU. — *De l'idée de la continuation de la personne comme principe des transmissions universelles*, Thèse, Paris, 1902.
JOSSERAND. — *Cours de Droit civil positif français*, 3 vol., Paris, Sirey, 1929-1930.
JONQUIÈRES. — *Des traites documentaires. Droits et devoirs du porteur*, Thèse, Paris, 1899.
JOURDAN. (E) — *Evolution et formes du crédit réel mobilier*, Thèse Montpellier, 1934.
KERANGAL (DE). — *La crise agricole et la loi du 18 Juillet 1898. Etude économique et juridique*, 1903.
LABORDE-LACOSTE. — *Essai sur la notion d'ayant cause à titre particulier en Droit privé français*, Thèse, Bordeaux, 1916.
LACOUR et BOUTERON. — *Précis de Droit commercial*, 2e éd., t. I à, IV. Paris, 1919-24.
LABBÉ. — *Revue critique*, 1876, p. 571 et 665; *Notes au S*, 85, 1, 409 et 86, 2, 49.
LAURENT. — *Principes du Droit civil français*, 33 vol., Bruxelles, 1869-1878.
LAMEIGNÈRE (Marcel). — *La vente à crédit des véhicules automobiles*, Bordeaux, Delmas, 1935.
LEPAULLE (Renée-Reine). — *Les droits de l'auteur sur son œuvre*, Thèse, Paris, 1927.
LE SENNE. — *Brevets d'invention et droits d'auteur.*
LEVILLAIN. — *Notes au D.*, 89, 2, 81, et *D*, 94, 1, 186.
LOBUT (H.). — *L'antichrèse autrefois et aujourd'hui. Evolution historique. Son rôle dans la pratique.*, Thèse, Paris, 1897.
LYON CAEN et RENAULT. — *Traité de Droit commercial*, 8 vol., 4e éd., Paris, 1906, 1916 ; 5e éd., Paris, 1923-29.
MADRAY. — *Essai d'une théorie générale de la représentation juridique en Droit privé français*, Thèse, Bordeaux, 1931.
MAGNIN. — *Essai sur le nantissement des fonds de commerce*, « Ann. dr. comm. », 1899.
MARAIS (G.). — *Du gage commercial, spécialement en matière maritime*, Thèse, Paris, 1895.
— *Du crédit documentaire.*
— *De la nature juridique du « delivery order »*, « Rev. int. dr. marit. », t. 34, p. 78.

MARCADÉ. — *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 6e éd., 6 vol., Paris, 1868 (continué par P. PONT).
MAYNAU. — *Les fictions de contrat dans le Code civil et depuis le Code civil*, 1924.
MICHAS. — *Le droit réel conçu comme obligation passivement universelle*, Thèse, Paris, 1900.
MONGIN. — *Rev. crit.*, 1890, p. 697.
MOURLON. — *Examen critique et pratique du commentaire de M. Troplong, sur les privilèges*, 2 vol., 1855.
MOISSENET. — *Etude sur le droit de suite en matière de privilèges mobiliers*, Thèse, Dijon, 1901.
J. OLIER. — *Etude historique et juridique des cas d'application de la rétention légale*, Toulouse, 1894.
ORTOLAN. — *Généralisation du Droit romain*, 11e éd.
PASCAUD. — *Le warrantage des produits agricoles*, « Rev. polit. et parl. », 1899, p. 565.
PÉLISSIER (H.). — *Etude sur les warrants agricoles*, Thèse, Bordeaux, 1907.
PELLISSIER. — *Manuel pratique de Droit commercial*, Paris, 1895, II.
PEYREBÈRE (J.). — *Etude sur la notion de privilège*, Thèse, Paris, 1901.
PINOT. — *Essai d'une théorie du droit de rétention au point de vue législatif*, Thèse, Paris, 1908.
PLANIOL et RIPERT. — *Traité élémentaire de Droit civil*, 3 vol., 11e éd., 1928-32.
PLANIOL, RIPERT et BECQUÉ. — *Traité pratique de Droit civil français*, XII, *Sûretés réelles*, Paris, 1927.
PLANIOL, RIPERT et PICARD. — III, *Les biens* , Paris, 1926.
PLESMILA. — *Analyse critique de la théorie des contrats réels*, Thèse, Paris, 1910.
POGONATO. — *Du droit de rétention*, Thèse, Paris, 1909.
POPLAWSKI. — *La notion de privilège en Droit romain et en Droit civil français, Etude historique et critique*, Thèse, Bordeaux, 1913.
POTHIER. — *Œuvres complètes*, éd., Berville, 26 vol., Paris, 1821-24. en particulier : *Du nantissement* (IX); - *Des personnes et des choses.* - *De la possession.* - *De l'hypothèque* (XX).
PONT (Paul). — *Traité des petits contrats*, Paris, 1863, 1867, II, — *Traité des privilèges et hypothèques*, 2e éd., 2 vol., Paris, 1868.
POUILLET. — *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3e éd., 1889
PRODAN — *Essai d'une théorie générale des droits réels*, Thèse, Paris, 1909.
RADULESCO (E.). — *Notion et éléments constitutifs de la possession en législation*, Thèse, Paris, 1923.
RAULT (J.). — *Le contrat d'édition en Droit français*, Thèse, Paris, 1927.
RAVAIL (J.). — *De l'objet de la possession*, Thèse, Bordeaux, 1899.
RIPERT (G.). — *De l'exercice du droit de propriété*, Thèse Aix, 1902
RIPERT (G.). — *Traité de Droit maritime*, 2 vol., 1913-14.
RIGAUD. — *Le droit réel, Histoire et Théories. Son origine institutionnelle*, Thèse, Toulouse, 1912.

ROGIER (Suzanne). — *De la mise en gage des créances en Droit français*, Thèse, Paris, 1929.
ROCHE-AGUSOL. — *Etude sur la conservation des droits mobiliers*, Thèse, Montpellier, 1901.
ROGUIN. — *La règle de droit*, 1 vol., Lausanne, 1899.
ROUVIÈRE. — *Des avances sur marchandises*, Thèse, Aix, 1903.
SALLEILES. — *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil* Allemand, Paris, 1890.
— *Eléments constitutifs de la possession*, 1894.
— *La possession des meubles*, 1900.
— *Revue critique*, 1903, p. 592, et 1904, p. 33.
SAVIGNY. — *Traité de la possession*, Trad. Staedtler, 7e éd., 1865.
SCHAWB (P.). — *La théorie possessoire objective*, Thèse, Paris, 1907.
SELOSSE (Louis). — *Essai sur la possession précaire*, Thèse, Douai, 1874.
SIMON. — *Du dessaisissement du débiteur dans le contrat de gage*, Thèse, Bordeaux, 1902.
SOURDAT. — *Des warrants agricoles*, 1902.
TARBOURIECH et DARRAS. — *Ann. de dr. comm.*, 1889, n° 6.
THALLER. — *Traité élémentaire de Droit commercial*, 6e éd., par Percerou, Paris, 1922.
— *Ann. dr. comm.*, 1889.
THÉZARD. — *Du nantissement, des privilèges et des hypothèques*, 1880.
THIBAUT. — *Le privilège du Trésor public sur les objets remis en gage*, 1925.
THIRY. — *Rev. crit.*, 1854, p. 412 et s.
TRASBOT. *L'acte d'administration en Droit privé français*, Thèse, Bordeaux, 1927.
TROPLONG. — *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code :*
XIX - Des privilèges et hypothèques, 5e éd., 1854.
VALETTE. — *Des privilèges et hypothèques*, 1846.
VALÉRY. — *Maisons de commerce et fonds de commerce*, « Ann. dr. commercial », 1902, pp. 209 et s., 269 et s.
VAREILLES-SOMMIÈRES (De). — *La notion de propriété*, « Rev. Trim. de Dr. civil », 1905.
VIGIÉ. — *Cours élémentaire de Droit civil français*, Paris, 1892.
VIGREUX. — *Le crédit par acceptation*, Paris, centre financier, Thèse, Paris, 1931.
WAHL. — *Précis théorique et pratique de Droit commercial*, Paris, 1921.
WAYNÉR (NOJECH). — *Essai sur la technique moderne du crédit à l'exportation*, Thèse, Paris, 1931.

II. — RÉPERTOIRES ET PÉRIODIQUES.

Annales de Droit commercial et industriel, français, étranger et international (Ann. dr. comm.).

Annales de la propriété industrielle, littéraire et artistique.

DALLOZ. — *Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence* (Jurisprudence générale) 44 vol., Paris, 1846-1864, et *Supplément*, 19 vol., Paris, 1887-1897.

— *Répertoire pratique de législation, de doctrine, et de Jurisprudence*, 12 vol., Paris, 1910-1925, et *Supplément*, 3 vol., Paris, 1927-1931.

— *Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation, et de doctrine.* Paris, (D.).

— *Recueil hebdomadaire de jurisprudence* (D. H.).

FENET. — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 15 vol., Paris. 1827-1828.

Gazette du Palais.

Journal des assurances.

Journal des faillites.

Journal des sociétés (Journ. des soc.), Paris, Sirey.

Journal de jurisprudence commerciale et maritime de Marseille (J. Marseille).

LOCRÉ. — *Législation civile, commerciale et criminelle de la France. Recueils des discussions et travaux préparatoires de nos Codes*, 31 vol., Paris, 1829-1832.

Pandectes françaises (Nouveau répertoire de doctrine, de législation et de jurisprudence), 59 vol., Paris, 1886-1905.

Pandectes françaises périodiques ((Recueil de jurisprudence et de législation).

Recueil de la Gazette des Tribunaux, Journal de jurisprudence et des débats judiciaires (Gaz. Trib.).

Recueil de jurisprudence commerciale et maritime du Havre, (Rec.Havre).

Revue critique de législation et de jurisprudence (Rev. crit.), Paris.

Revue générale du Droit, de la législation et de la jurisprudence en France, Paris.

Revue internationale de Droit maritime, fondée par Autran.

Revue de jurisprudence commerciale et maritime de Nantes (Rev.Nantes).

Revue des sociétés.

Revue trimestrielle de Droit civil (Rev. trim.).

RUBEN DE COUDER. — *Dictionnaire de Droit commercial, industriel et maritime*, 6 vol., Paris, 1877-1881.

SIREY . — *Recueil général des lois et arrêts*, Paris (S.).

TABLE DES MATIÈRES

Introduction. — 1) La notion de gage dans ses rapports avec la notion d'obligation et la notion de crédit. Le double aspect de la notion de crédit : économique et juridique. - Crédit subjectif et crédit objectif, crédit personnel et crédit réel. Les institutions de crédit réel et la notion de droit réel de garantie. 5

2) Le gage dans le Code civil; gage et nantissement; le droit de gage et le contrat de gage conçus comme des éléments de l'institution juridique du gage 14

3) Méthode et Plan 21

PREMIÈRE PARTIE

EXPOSÉ DESCRIPTIF DES APPLICATIONS DE LA NOTION DE GAGE EN DROIT PRIVÉ FRANÇAIS

CHAPITRE PREMIER. — *Du gage des meubles corporels avec dépossession en Droit civil* 27

Section première. — Caractères, conditions d'existence et de validité du contrat de gage 28

§ 1. Caractères du contrat de gage 28

§ 2. Conditions d'existence et de validité : *A.*) Objet du gage, *B.*) Créance garantie; *C*) Capacité des parties; *D*) Mise en possession; *E*) Exigence d'un écrit 29

Section II. — Droits et obligations du créancier gagiste et du constituant 44

§ 1. Droits du créancier sur la chose : *A*) Avant la réalisation du gage. - *B*) Lors de cette réalisation 44

§ 2. Obligations du créancier gagiste 55

§ 3. Obligations éventuelles du constituant 56

Section III. — Du gage tacite 57

§ 1. Privilège du bailleur 60

§ 2. Privilège de l'aubergiste 66

§ 3. Privilège du voiturier 67

§ 4. Objets abandonnés chez les ouvriers et industriels (L. 31 décembre, 1903) 68
§ 5. Animal divaguant sur le fonds d'autrui (L.du 6 avril 1889, art. 1er) 68
§ 6. Affectation spéciale en cas des aisie-arrêt (art. 567 C.p.c., L. du 17 juillet 1907) 69

CHAPITRE II. — *Du gage des meubles corporels avec dépossession en Droit commercial* 71
Section première. — Du gage commercial en général 72
Section II. — Des magasins généraux et des warrants 73
Section III. — Du gage « tacite » du commissionnaire et du transporteur 80
Section IV. — Du gage des marchandises en cours de transport terrestre 83
Section V. — Du gage des marchandises en cours de transport maritime. - Du crédit documentaire 85
§ 1. Définition. Eléments. Domaine d'application 85
§ 2. Nature et caractères 91
§ 3. De qui émane la constitution de gage dans le crédit documentaire. 97
§ 4. Difficultés résultant de la plurarité des connaissements 98
§ 5. Difficultés résultant de l'existence du « delivery order » Ses caractères 104
Section VI. — Observation sur le gage des navires avant la création de l'hypothèque maritime 106

CHAPITRE III. — *Du gage des biens mobiliers incorporels* 109
Section première. — Du gage des créances 113
§ 1. Créances pouvant faire l'objet d'un gage 113
§ 2. De la constitution du gage de créance 124
§ 3. De la mise en possession du créancier gagiste 126
§ 4. Des effets du gage de créances *A)* Avant l'échéance. *B)* A l'échéance 137
§ 5. Le gage de créances et les contrats voisins : *A)* Gage et vente de titres. Report. - *B)* Gage et dation en payement. Couverture. - *C)* Gage et compte-courant *D)* Gage et avance sur titres 144
Section II. — Du gage des biens incorporels autres que les créances 148
§ 1. Le gage et les droits intellectuels. - *A)* Propriété industrielle. - *B)* Propriété littéraire et artistique . . . 148
§ 2. Le gage et la notion d'universalité. - *A)* Universalités de fait. - *B)* Universalités de droit 154
Section III. — Du nantissement des fonds de commerce . . . 159
§ 1. Historique 160

§ 2. Organisation du nantissement par la loi de 1909. : *A)* Eléments compris dans le nantissement. - *B)* Conditions d'existence et de validité du nantissement. - *C)* Droits du créancier nanti 166
§ 3. Nature juridique du nantissement des fonds de commerce 177

CHAPITRE IV. — *Des gages dits « sans dépossession »* 183
Section première. — Des warrants agricoles 184
§ 1. Principes généraux 185
§ 2. Domaine d'application 186
§ 3. Conditions d'existence et de validité 189
§ 4. Droits et obligations du débiteur 192
§ 5. Droits et obligations du porteur du warrant 195
§ 6. Nature juridique du warrant agricole 199
Section II. — Des warrants hôteliers 207
§ 1. Constitution. § 2. Effets. § 3. Nature juridique (observ.)
Section III. — Des warrants pétroliers 211
Section IV. — Du gage des automobiles en matière de ventes à crédit (Loi du 29 décembre 1934) 213
§ 1. La vente à crédit et la mise en gage des automobiles avant la loi du 29 décembre 1934. Origine et but de celle-ci. 213
§ 2. Constitution du gage 217
§ 3. Effets du gage 218
§ 4. Nature juridique du gage du vendeur. Appréciation critique de la loi 229

DEUXIÈME PARTIE

ESSAI DE SYNTHÈSE

CHAPITRE PREMIER. — *Contrat de gage et droit de gage* 235
Section première. — Contrat de gage et droit de gage dans la doctrine classique 235
Section II. — Gage tacite ou gage légal? 238
§ 1. La notion de gage tacite en Doctrine 238
§ 2. La notion de gage tacite devant la Jurisprudence . . . 242
Section III. — Examen critique de la doctrine classique. - Du rôle de la volonté dans la naissance du droit de gage. - Solution proposée 247
§ 1. Examen critique des conceptions traditionnelles . . 248
§ 2. Solution proposée : Le droit de gage est engendré par un effet direct de la loi sous l'impulsion combinée d'un fait juridique, la possession par un créancier d'un bien mobilier appartenant à son débiteur ou à un tiers et d'un acte ou d'un fait juridique dont la loi fait découler l'affectation directe et spéciale de ce bien à la garantie d'une créance déterminée. 251

CHAPITRE II. — *De la possession du créancier gagiste* 261
Section première. — Possession et détention en Droit français 262
§ 1. Aperçu sommaire sur la notion de possession en Droit privé français 262
§ 2. De la détention en Droit privé français 273
Section II. — Nature de la possession du créancier gagiste . . 294
§ 1. Données législatives et historiques 296
§ 2. Conceptions doctrinales 297
§ 3. Solutions jurisprudentielles 304
§ 4. Examen critique des conceptions doctrinales et jurisprudentielles 310
A. Le gagiste n'est pas uniquement un détenteur . . 311
B. Le gagiste est-il détenteur vis-à-vis du constituant et possesseur vis-à-vis des tiers ? 312
C. Le gagiste est-il détenteur de la chose et possesseur du droit de gage? 314
§ 5. Solution proposée. Détention et possession partielles du créancier gagiste 315
Section III. — Rôle et modalités de la possession dans le gage. Rappels et observations 318
§ 1. Rôle de la possession dans le gage 318
§ 2. Modalités et caractères de la possession du gagiste. De la possession par l'intermédiaire d'un « tiers convenu ». 320
Section IV. — De la possession du gagiste dans le gage des meubles incorporels et spécialement dans le gage des créances 325
§ 1. La possession dans le gage de créances 326
§ 2. La possession dans le gage des biens incorporels autres que des créances 329
A. Gage d'œuvres intellectuelles 329
B. Gage d'universalités. 329
Section V. — De la possession du créancier gagiste dans les cas de gage dits « sans dépossession » 330
§ 1. La possession d'un titre représentatif de la chose donnée en gage peut-elle équivaloir à la possession réelle? . . 332
§ 2. Des mesures de publicité peuvent-elles opérer un transfert de la possession? 333

CHAPITRE III. — *Du droit de rétention du créancier gagiste* . . . 335
Section première. — Droit de gage et droit de rétention . . . 336
Section II. — Le créancier gagiste possède-t-il un droit de rétention? Ce que l'on appelle ainsi n'est-il pas la conséquence de son droit réel? 341
§ 1. La nature du droit de rétention du créancier gagiste d'après la doctrine 341
§ 2. Les solutions jurisprudentielles (rappel) 345

§ 3. Examen critique des conceptions doctrinales et jurisprudentielles. - Solution proposée. - Ce qu'on appelle le droit de rétention du gagiste n'est qu'un effet tant de son droit de gage que du lien existant entre sa possession et sa détention partielles du bien donné en gage; il est entièrement distinct du droit de rétention proprement dit. - Conséquences et justification de cette solution 346

Section III. — Application du droit de rétention proprement dit à l'occasion de l'institution du gage 351

§ 1. Observations générales 351

§ 2. Cas concrets d'application 352

A. Dette née postérieurement à la mise en gage et devenue exigible avant le payement de la dette garantie (art. 2082, al. 2) 352

B. Impenses de conservation 355

C. Gage nul ou irrégulier 355

Chapitre IV. — *Du droit réel de gage et du privilège du gagiste.* - I. - *Le droit réel de gage ou le droit de gage est-il un droit réel?* 359

Section Première. — La notion de droit réel dans la doctrine classique 360

§ 1. Définition du droit réel d'après la théorie classique . . 360

§ 2. Opposition entre le droit réel et le droit de créance . . 361

§ 3. Les différents droits réels d'après la théorie classique . 365

§ 4. L'objet du droit réel dans la théorie classique 368

Section II. — Les critiques formulées contre la doctrine classique. 372

§ 1. L'opposition du droit réel et du droit de créance devant la doctrine moderne. Conceptions unitaires ou monistes rejetant cette opposition. *A.* Première variante : L'obligation ou droit de créance identifiée au droit réel. - *B.* Seconde variante: Le droit réel ramené à la notion d'obligation sous la forme d'une obligation passivement universelle 373

§ 2. Controverses sur l'objet du droit réel :

A. « Droits réels intellectuels ». *B.* La conception des « droits sur droits » ou « droits réels juridiques ». Ses conséquences en ce qui concerne la nature des droits réels de garantie ou accessoires. *C.* Des universalités de droit conçues comme pouvant faire l'objet de « droits réels généraux ». 383

§ 3. La théorie des démembrements de la propriété devant la doctrine moderne 392

Section III. — Examen critique des controverses sur la notion de droit réel. Solution proposée. Nature et caractères des droits réels de garantie. 393

§ 1. Examen critique de la théorie classique 393

§ 2. Examen critique des théories qui prétendent ramener le droit de créance à un droit sur les biens ou à un « droit réel indéterminé quant à son objet » 396
§ 3. Examen critique des théories personnalistes qui prétendent ramener le droit réel à une obligation passive universelle 396
§ 4. Solution proposée en ce qui concerne la nature des droits réels. Le droit réel et le droit de créance ou obligation sont respectivement l'expression juridique des notions économiques de richesse et de service 399
§ 5. Traits distinctifs et spécifiques des diverses catégories de droits réels. Distinction dès droits réels principaux ou du premier degré et des droits réels accessoires ou du second degré. Nature et caractères de ceux-ci . . 400
§ 6. Domaine d'application de la notion de droit réel. Solution proposée : Le droit réel a toujours nécessairement pour objet une chose matérielle ou la valeur économique de celle-ci 407
§ 7. L'opposition du droit réel et du droit de créance dans la forme donnée par la doctrine moderne à la théorie classique ou traditionnelle. Traits distinctifs de ces deux notions 413
Section IV. — Le droit de gage et les controverses sur la notion de droit réel. 420
§ 1. Le gage des meubles corporels 421
§ 2. Le gage des meubles incorporels 425
Section V. — Solution proposée sur la nature du droit de gage. 428
§ 1. Nature du droit de gage dans le gage de choses. - Le droit de gage, droit réel du second degré ayant pour objet par delà l'individualité organique d'une chose corporelle mobilière la valeur économique de celle-ci et traduisant l'appropriation de cette valeur au profit du créancier gagiste par son affectation directe et spéciale au payement de la créance garantie 429
§ 2. Nature juridique du droit de gage dans le gage des biens incorporels 437
A. Le droit de créance du second degré dans le gage de créances 440
B. Le droit intellectuel du second degré dans le gage d'œuvres intellectuelles 442
C. Gage d'universalités 442

CHAPITRE V. — *Du droit réel de gage et du privilège du créancier gagiste* (suite). II. - *Le privilège du gagiste ou le droit de gage est-il un privilège?* 445
Section première. — La notion de privilège en Droit français . 446
§ 1. Observations générales 446

§ 2. La doctrine classique. - Ses incertitudes. - La classification tripartite d'Aubry et Rau 448
§ 3. La notion de privilège devant la doctrine moderne. - Théorie de Planiol 452
§ 4. La notion de privilège devant la doctrine moderne (suite). La théorie de M. Poplawski. Tous les privilèges y compris les privilèges généraux auraient ce caractère commun d'être des droits réels 461
Section II. — Examen critique des controverses sur la notion de privilège en Droit français. - Solution proposée . 466
§ 1. La notion de privilège répond dans notre Droit à une seule et même nature spécifique 467
§ 2. La notion de privilège ne correspond pas à la notion de droit réel 470
§ 3. Contenu positif de la notion de privilège: Le privilège n'est pas un droit en lui-même, mais la « qualité » ou la « propriété » au sens scientifique et philosophique du terme, inhérente soit à un droit de créance soit à un droit réel de garantie et se traduisant par un rang spécifique de préférence accordé à ce droit 471
Section III. — Les controverses sur la notion de privilège et le droit de gage. Le créancier gagiste a-t-il un privilège? Doutes exprimées par la Doctrine à ce sujet 477
Section IV. — Solution proposée. La notion de droit réel privilégié dans le gage des meubles corporels. Le privilège du gagiste dans le gage de meubles incorporels . . . 480

CHAPITRE VI. — *Les obligations du créancier gagiste et du constituant* 485
Section première. — Nature et caractères des obligations du créancier gagiste. Sont-elles un effet du contrat de gage ou une conséquence du droit de gage? Existent-elles en cas de gage « tacite » ? en cas de gage sans détention? . . 485
Section II. — Nature et caractères des obligations éventuelles du constituant 493

CHAPITRE VII. — *Le droit de gage et les autres sûretés réelles* . . 495
Section première. — Gage et hypothèque 496
§ 1. L'opposition du gage et de l'hypothèque devant la doctrine 497
§ 2. Examen comparé des droits de gage et d'hypothèque. - Traits distinctifs de ces deux notions en Droit privé français 500
A. Nature juridique. - *B.* Conditions d'existence. - Relation du droit avec la possession. - *C.* Domaine d'application. - *D.* Effets 500
Section II. — Gage et antichrèse 505
§ 1. Définition et contenu du droit d'antichrèse en Droit français 507

§ 2. Les controverses doctrinales sur la nature juridique de de l'antichrèse 509
§ 3. Solution proposée sur la nature et les caractères spécifiques du droit d'antichrèse. - L'antichrèse n'est pas un véritable droit réel immobilier, mais un droit sur les revenus d'un immeuble garanti par un droit de rétention s'appliquant à cet immeuble 510
§ 4. Examen comparé des droits de gage et d'antichrèse . . 511
Section III. — Gage et Privilège 512
Section IV. — Gage et droit de rétention 513

Appendice. — Comparaison du droit de gage proprement dit avec le gage général du créancier chirographaire ainsi qu'avec les cas de créances chirographaires à gage spécialisé (individualisé ou déterminé) 514

Chapitre VIII. — *Conclusion* 521
Section première. — Le gage en tant qu'institution juridique. - Répond-il à une notion unique? Sa définition et ses éléments 522
§ 1. Unité de l'institution juridique du gage en tant que traduisant l'affectation directe et spéciale à la garantie d'une créance de la valeur économique d'un bien déterminé présentant certains caractères spéciaux 523
A. Gage conventionnel et gage « tacite ». *B.* Gage avec dépossession et gage « sans dépossession ». - *C.* Gage de meubles corporels et gage de « meubles incorporels » . . . . . .
§ 2. Définition du gage en tant qu'institution juridique . . 528
§ 3. Les éléments de l'institution juridique du gage . . . 529
Section II. — Essai de classification des applications de la notion de gage 531
§ 1. Procédés de classement 531
§ 2. Essai de classification rationnelle 534
Section III. — Place de l'institution juridique du gage dans l'ensemble du Droit du crédit. - Ses données expérimentales et rationnelles. Son importance pratique 537
§ 1. Place du gage dans l'ensemble du Droit du crédit . . . 537
§ 2. Données expérimentales et rationnelles de la notion de gage. - Son importance pratique 539
Bibliographie 545

ERRATA

Page 17, ligne 20, au lieu de : *id.* 1931, lire : 2e éd. 1931.
Page 21, ligne 24, au lieu de : maritimes ont, lire : maritime, sont...
Page 28, ligne 16, au lieu de : permettrons, lire : permettront...
Page 36, ligne 33, au lieu de : queques, lire : quelques.
Page 42, ligne 6, au lieu de : S, 9 Trib., 25 Juillet 1897; lire : *Gaz. Trib.*, 25 Juillet 1897.
Même page, ligne 7 au lieu de : VII, S, 75), lire : VII, § 75).
Page 44, dernière ligne, au lieu de : un débiteur, lire : son débiteur...
Page 45, ligne 26, au lieu de : de gagiste, lire : du gagiste,...
Même page, ligne 36, au lieu de : des créancier, lire : du créancier.
Page 51, ligne 22, au lieu de : conditons, lire : conditions.
Page 59, ligne 10, au lieu de : Code pénal civil : lire : Code de procédure civile.
Page 71, lignes 15 et 18, au lieu de : droit, lire : Droit.
Page 88, ligne 36, au lieu de : Nayner, lire : Wayner.

Page 126, ligne 21, au lieu de : Aubry et Rau, IV, lire : Aubry et Rau, VI.
Page 130, ligne 9, au lieu de : II, n° 259, lire : II, n° 350.
Page 147, ligne 23, au lieu de : p. 238, note 5, lire : p. 324, note 4.
Page 178, ligne 12, au lieu de : Lyon Caen, *Traité de dr. comm.*, p. 360 § 440, lire : Lyon-Caen et Renault, *Traité de dr. comm.*, III, p. 285 et s.; p. 279 et s.
Page 200, ligne 6, au lieu de : *Précis*, III, N° 1219, p. 763, lire : *Précis*, II, n° 1839, p. 875
Page 203, ligne 14, au lieu de : Colin et Capitant, *Cours él. de droit civil français*, II, p. 779, lire : Colin et Capitant, *Cours él. de droit civil français* (8e éd.), II, p. 850, N° 1033.
Page 209, lignes 28 et 29, au lieu de : n'obtempérer, lire : n'obtempère...
Page 236, ligne 9, au lieu de : N° 92, p. 64, lire : N° 92, p. 95.
Page 247, lignes 23 et 25, au lieu de : droit, lire : Droit.
Page 275, ligne 19, au lieu de : contratuelle, lire : contractuelle,...
Page 300, ligne 35, au lieu de : N° 31, p. 15, lire : N° 31, p. 18.
Même page, ligne 36, au lieu de : N° 92, p. 64, lire : N° 92, p. 95.
Page 319, ligne 15, au lieu de : p. 27, N° 39), lire : p. 28, n° 39).
Page 342, ligne 8, au lieu de : N° 100, p. 71), lire : N° 100, p. 101) .
Page 345, ligne 19, au lieu de : 1re partie, p. 49, lire : 1re partie, p. 46.
Page 346, première ligne, au lieu de : p. 50, lire : p. 46.
Page 352, ligne 24, au lieu de : pp. 49 et 50, lire : p. 47.
Page 354, lignes 19 et 20, au lieu de : vendre sur la chose : lire : ... vendre la chose...
Page 355, ligne 33, au lieu de : créanier, lire : créancier.
Page 359, ligne 2 et ligne 10, au lieu de : p. 51, lire : p. 48.

Page 374, ligne 5, au lieu de : rapport, lire : transport.
Page 375, ligne 32, au lieu de : 'exercice, lire : l'exercice.
Page 377, ligne 10, au lieu de : uu, lire : un...
Page 383, lignes 27 et 28, au lieu de : d'ordinairement, lire : d'ordinaire...
Page 388, ligne 32, au lieu de : faculé, lire : faculté.
Page 394, ligne 31, au lieu de : elle, lire : eux.
Page 419, ligne 21, au lieu de : au droit réel, lire : du droit réel.
Page 420, ligne 6, au lieu de : p. 51, lire : p. 48.
Page 427, ligne 38, au lieu de : Droit, lire : droit.
Page 441, ligne 16, au lieu de : découle, lire : découlent...
Page 482, première ligne, après : d'ailleurs, supprimer : de comparer, et lire : il suffit d'ailleurs, pour vérifier..., de comparer.
Page 489, ligne 15, au lieu de : serait, lire : seraient.
Page 492, ligne 5, au lieu de q'elles, lire : qu'elles.
Page 493, ligne 15, au lieu de : qui'elles, lire : qu'elles.
Page 499, ligne 17, au lieu de : remplacées, lire : remplacée.
Page 521, ligne 15, au lieu de : tenue, lire : tenu.
Page 536, lignes 2 et 3, au lieu de : produits, warrantés, lire : produits warrantés...
Page 549, ligne 20, au lieu de : 1901, lire : 1904.